



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE MESTRADO**

GABRIELA FERREIRA PINTO DE HOLANDA

**A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DAS CRIANÇAS E DOS ADOLESCENTES NOS
CASOS DE SEQUESTRO INTERNACIONAL**
UMA ANÁLISE ACERCA DOS JULGAMENTOS PROFERIDOS PELO SUPERIOR
TRIBUNAL DE JUSTIÇA BRASILEIRO ENTRE OS ANOS DE 2007 E 2017

SÃO CRISTÓVÃO
2018

GABRIELA FERREIRA PINTO DE HOLANDA

**A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DAS CRIANÇAS E DOS ADOLESCENTES NOS
CASOS DE SEQUESTRO INTERNACIONAL**
UMA ANÁLISE ACERCA DOS JULGAMENTOS PROFERIDOS PELO SUPERIOR
TRIBUNAL DE JUSTIÇA BRASILEIRO ENTRE OS ANOS DE 2007 E 2017

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Sergipe, para a obtenção do grau de Mestre em Direito.

Linha de pesquisa: Eficácia dos direitos fundamentais e seus reflexos nas relações sociais e empresariais.

Orientadora: Profa. Dra. Flávia de Ávila.

Coorientadora: Profa. Dra. Karyna Batista Sposato.

SÃO CRISTÓVÃO
2018

FOLHA DE APROVAÇÃO

GABRIELA FERREIRA PINTO DE HOLANDA

**A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DAS CRIANÇAS E DOS ADOLESCENTES NOS
CASOS DE SEQUESTRO INTERNACIONAL**
UMA ANÁLISE ACERCA DOS JULGAMENTOS PROFERIDOS PELO SUPERIOR
TRIBUNAL DE JUSTIÇA BRASILEIRO ENTRE OS ANOS DE 2007 E 2017

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da
Universidade Federal de Sergipe, para a obtenção do grau de Mestre em Direito.

Profa. Dra. Flávia de Ávila - UFS (Orientadora)

Profa. Dra. Karyna Batista Sposato - UFS (Coorientadora)

Banca Examinadora:

Profa. - Universidade (Examinadora Interna)

Profa. - Universidade (Examinadora Interna)

Profa. - Universidade (Examinadora Externa)

São Cristóvão, _____ de _____ de _____

Este trabalho é dedicado aos meus pais, Cleonice Ferreira Pinto de Holanda e Isaias de Holanda Filho, e ao meu marido, Raphael Prado de Moraes Cunha Celestino, que, juntamente com todos os meus familiares e amigos, foram meus grandes incentivadores para prosseguir nesta apaixonante jornada acadêmica.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, em primeiro lugar, a Deus, por sua presença constante em minha vida, iluminando-me e dando-me forças para enfrentar todos os percalços do nosso caminhar.

Aos meus pais, Cleonice e Isaias, minhas maiores paixões, por todo o incentivo e por proporcionarem o meu desenvolvimento acadêmico, os quais foram fundamentais para as minhas idas e vindas de Maceió a Aracaju durante a realização deste mestrado; à minha mãe, ao me acompanhar em quase todas as viagens, permitindo que descansasse durante o trajeto para compensar as noites de estudo, para que tivesse disposição para encarar mais um dia de aula ao chegar à UFS; ao meu pai, por compreender a ausência dela.

Ao meu grande amor, Raphael, pelo seu amor que, aliado à sua paciência, permite-lhe compreender minhas prioridades, fortalecendo-me com seu apoio e alegria. Agradeço por entender as minhas ausências, por embarcar neste sonho comigo e por ser o melhor companheiro de vida que Deus poderia me conceder.

Às minhas irmãs, Natália e Beatriz, por abrilhantarem a minha vida e por entenderem que a presença da nossa mãe nas minhas viagens a Aracaju era muito importante para mim, ainda que tivessem que passar alguns dias sem a companhia dela em casa.

Aos meus tios-pais do coração (tia Cleide, tia Ion e tio Nando), que sempre se fizeram presentes em todos os momentos da minha vida, apoiando os meus sonhos e vibrando com a concretização de cada um deles.

Aos meus avós, que sempre foram fundamentais para o meu crescimento como pessoa e profissional. Em especial, minha amada avó Aristéria Ferreira Pinto, a quem eu chamava carinhosamente de “mamãe”, que sempre me dizia que não deixava de orar para que Deus me protegesse durante minhas viagens entre Maceió e Aracaju, e que havia me prometido que estaria presente na minha defesa, mas que partiu para o plano espiritual em dezembro de 2017, deixando uma grande saudade, porém a certeza de que ela sempre estará comigo.

A todos os meus familiares, por serem a minha base e os maiores torcedores para o meu sucesso, através dos quais me sinto uma pessoa muito amada e obtenho a força necessária para correr atrás dos meus objetivos.

À professora Flávia de Ávila, por ter me adotado como orientanda, apoiando-me com o seu vasto conhecimento, com muita paciência e com a sua peculiar disponibilidade, o que foi fundamental para que eu pudesse concluir este trabalho.

À minha coorientadora, professora Karyna Sposato, que, mesmo não tendo me acompanhado desde o início desta jornada, só veio agregar conhecimento com suas excelentes orientações.

A todos os professores do Mestrado em Direito da UFS com os quais tive a oportunidade não só de adquirir conhecimentos técnicos, mas ensinamentos para toda vida. Agradeço, especialmente, aos professores Clara Angélica e Clóvis Falcão, que, com as suas observações no momento da qualificação, muito contribuíram para o aperfeiçoamento desta pesquisa.

À professora Edna do Prado, do Programa de mestrado e doutorado em educação da Universidade Federal de Alagoas, que muito me honrou ao ser minha aluna do curso de graduação em Direito, que se tornou uma grande amiga e uma das minhas maiores incentivadoras, pois, foi através dela, que recebi excelentes referências do mestrado em Direito da UFS e apoio para me submeter ao processo seletivo.

Aos meus amigos, muitos dos quais se tornaram verdadeiros irmãos de coração, que permanecem ao meu lado em todos os momentos, sejam eles bons ou ruins, alegrando-se com a minha felicidade e me apoiando na dificuldade.

A todos os amigos que fiz no curso do mestrado, que me acolheram com muito carinho, sempre colaborando para que a distância entre Aracaju e Maceió fosse minimizada.

Aos meus amados alunos da graduação em Direitos da UNINASSAU Maceió, que sempre torceram e vibraram com cada conquista minha, e que me transmitem a energia necessária para que eu continue a me aperfeiçoar, para tentar ser uma profissional cada dia melhor.

Aos meus colegas de trabalho, que me apoiaram durante o período do mestrado.

Enfim, sou grata a todas as pessoas amigas que colaboraram, direta ou indiretamente, para a concretização deste trabalho.

RESUMO

Analisar a ocorrência da efetiva proteção dos direitos das crianças e dos adolescentes nos casos de sequestro internacional é o objetivo central deste estudo. O Brasil, como um dos países signatários da Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, mais conhecida como Convenção de Haia (1980), desde o ano 2000, através do Decreto nº. 3.413/2000, utiliza-a como fundamento para os casos de subtração ou sequestro de crianças ou adolescentes, que ocorre quando o infante é conduzido para outro país sem o consentimento de um dos genitores, desencadeando uma posterior disputa de guarda. A mencionada legislação internacional determina que, ao se verificar a efetiva ocorrência de subtração ou sequestro de menores de idade, estes devem ser devolvidos, com a maior celeridade possível, para o país que residiam habitualmente, devendo-se priorizar o seu superior interesse. Entretanto, o grande questionamento que surge é se o Superior Tribunal de Justiça (STJ) brasileiro, ao apreciar as demandas em apreço, tem primado pela proteção dos direitos desses seres vulneráveis. Para o desenvolvimento do presente trabalho, realizou-se, em princípio, uma pesquisa teórica, que serviu de alicerce para a construção da segunda etapa, de natureza empírica, na qual foi efetuado um mapeamento das decisões proferidas pelo STJ brasileiro nos últimos dez anos, na apreciação das demandas em que se discute a subtração ou sequestro de crianças com a aplicação da aludida convenção. Espera-se, com os estudos empreendidos, que seja encontrado um ponto de equilíbrio entre a aplicação da Convenção de Haia e a efetiva proteção dos direitos das crianças e dos adolescentes nas demandas decorrentes da subtração ilegal no âmbito internacional.

Palavras-chave: Direitos das crianças e dos adolescentes. Sequestro internacional. Direito internacional. Convenção de Haia.

ABSTRACT

The central objective of this study is to analyze if there is an effective protection of children's and teenager's rights in cases of international kidnapping. Brazil, one of the signatory countries to the Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction, better known as The Hague Convention (1980), since 2000, through Decree no. 3.413 / 2000, uses the Convention as a basis for cases of child abduction or kidnapping, which occurs when the child is taken to another country without the consent of one of the parents, triggering a subsequent custody dispute. The aforementioned international legislation establishes that, when verifying the actual occurrence of abduction or abduction of minors, they must be returned as quickly as possible to the country where they habitually reside, and the superior interest of the children should be prioritized. However, the great question that arises is whether the Brazilian Superior Court of Justice (STJ), when assessing the demands in question, has prioritized the protection of the rights of these vulnerable beings. For the development of the present work, a theoretical research was carried out, which served as a foundation for the construction of the second stage, of an empirical nature, in which a mapping of the decisions rendered by the Brazilian STJ in the last ten years was developed, in the assessment of the claims in which the subtraction or abduction of minors is discussed with the application of the aforementioned convention. With the studies concluded, it is hoped to find the balance point between the application of The Hague Convention and the effective protection of the rights of children and adolescents in the demands arising from illegal subtraction at the international level.

Keywords: Rights of children and teenagers. International kidnapping. International Law. The Hague Convention.

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1 - Processos com a expressão Sequestro internacional de crianças	76
Gráfico 2 - Processos com a expressão Sequestro internacional criança	77
Gráfico 3 - Crianças por processo.....	83
Gráfico 4 - Faixa etária das crianças sequestradas	84
Gráfico 5 - Prazo da ação de busca e apreensão.....	85
Gráfico 6 - Ações propostas com menos de um ano	86
Gráfico 7 - Tempo entre o sequestro e o julgamento	87
Gráfico 8 - Decisões proferidas pelo STJ entre 2007-2017	90
Gráfico 9 - Fundamento das decisões do STJ	91
Gráfico 10 - Fundamento das decisões do STJ	93
Gráfico 11 - Alegação de violência doméstica	95
Gráfico 12 - Estados de origem dos processos	96
Gráfico 13 - Países de origem das crianças	97

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	10
1	O DESENVOLVIMENTO DO SENTIMENTO DE INFÂNCIA E A SUA IMPORTÂNCIA PARA A CONSOLIDAÇÃO DA DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL.....	14
1.1	O desenvolvimento do sentimento de infância	14
1.2	O panorama dos Direitos das crianças e dos adolescentes nos âmbitos internacional e nacional	21
1.3	Doutrina da proteção integral das crianças e dos adolescentes	29
1.4	Princípio do melhor ou superior interesse das crianças e dos adolescentes.....	33
1.5	Princípio da prioridade absoluta das crianças e dos adolescentes	38
2	O BRASIL E AS DISPUTAS DE GUARDA EM CASOS QUE ENVOLVAM DIFERENTES NACIONALIDADES	43
2.1	O instituto da guarda e sua relação com o direito nacional e internacional	43
2.2	Sequestro internacional e aplicação da Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças (Convenção de Haia), de 1980.....	56
2.3	Competência para apreciar casos de disputa internacional de guarda ou de sequestro internacional de crianças	68
3	O POSICIONAMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA DIANTE DA OCORRÊNCIA DE SEQUESTRO INTERNACIONAL	73
3.1	A importância da pesquisa empírica para a análise das decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça	73
3.2	Mapeamento da experiência do Superior Tribunal de Justiça brasileiro para apreciar os casos de disputa de guarda internacional, entre os anos de 2007 e 2017	76
3.3	Análise de casos julgados pelo Superior Tribunal de Justiça entre 2007 e 2017 sob a ótica do melhor interesse da criança	79
	CONCLUSÃO.....	101
	REFERÊNCIAS.....	111
	ANEXOS.....	122

INTRODUÇÃO

O interesse pela temática da proteção dos direitos das crianças e dos adolescentes nos casos de sequestro internacional surge da necessidade de verificar se, na prática, há a efetiva proteção aos direitos infanto-juvenis nos casos em que a Convenção de Haia (1980) é aplicada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) brasileiro para solucionar essas situações advindas de subtração ou sequestro de infantes.

Nesse cenário, a problemática da pesquisa em tela é analisar se, ao julgar as contendas que envolvem a discussão sobre o sequestro de crianças e adolescentes no âmbito internacional, o STJ tem conseguido proteger, com absoluta prioridade, os direitos desses seres que se encontram em situação de vulnerabilidade, preservando-lhes o seu melhor interesse. Com isso, visa-se, à luz do referencial teórico de Dias (2015), Lôbo (2015), Rosa (2015), no que se refere ao Direito de Família, Dolinger (2003), Amorim (2014) e Portela (2011), na área de Direito Internacional Privado, bem como de Maciel (2011), Ishida (2013) e Ariès (1981), no âmbito do Direito da Criança e do Adolescente e da evolução do sentimento de infância, entre outros, discutir se, na apreciação dos casos em comento, há um apego pela formalidade dos dispositivos previstos na Convenção de Haia (1980), através de um posicionamento pautado, predominantemente, na legalidade, ou se existe um julgamento, em que é realizada uma detida análise de cada situação concreta, com o fim de priorizar a efetivação dos direitos humanos das crianças e dos adolescentes.

A escolha da temática a ser desenvolvida ocorreu por sua indiscutível relevância social e jurídica, visto que, diante da evolução dos meios de comunicação e de transporte, as relações pessoais envolvendo diferentes nacionalidades se tornaram algo comum, pois, com o avanço da tecnologia, houve uma minimização da distância física. A troca de informações e viagens, que antes podia levar dias para ocorrer, hoje, com a comunicação oral, visual ou escrita, por via virtual, é possível acontecer em tempo real, e as viagens, que proporcionam um contato físico, passaram a durar apenas algumas horas com o uso do transporte aéreo.

Diante de uma sociedade cada vez mais interligada e globalizada, as relações familiares se tornaram multiculturais, os relacionamentos envolvendo pessoas de nacionalidades diferentes são mais constantes, e deles surgem os filhos como

frutos. Por outro lado, essa formação familiar global, quando desfeita, gera imbróglios que ultrapassam as fronteiras nacionais, e quando deles advém uma prole (crianças e adolescentes), esses problemas se tornam mais delicados, pois, entram em discussão os interesses das crianças e adolescentes, que, por se encontrarem em desenvolvimento físico, mental e emocional, são mais frágeis e vulneráveis. Assim, esse novo cenário social ganha uma maior importância na seara jurídica, visto que, além da necessária elaboração de legislações internacionais que disponham sobre a temática de famílias globalizadas e os problemas decorrentes delas, é indispensável, para que esses tratados e convenções sejam efetivamente aplicados, que os países se tornem signatários e os adotem, uma vez que o Direito Internacional costuma esbarrar na soberania estatal das nações.

Contudo, o maior obstáculo que as formações familiares multiculturais enfrentam não é mais a elaboração de uma legislação internacional que a regule, pois já existem alguns tratados e convenções que fazem isso. É possível visualizar a atual problemática ao utilizar como exemplo o presente objeto de estudo, que são as disputas decorrentes de sequestros internacionais, já disciplinadas pela Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças (Convenção de Haia), de 1980, que foi ratificada pelo Brasil através do Decreto nº. 3.413, do ano 2000, que tem como fim dirimir tais conflitos, que ocorrem quando há a transferência de infantes para outro país sem o consentimento de um dos genitores. Logo em seu primeiro artigo, a aludida Convenção prevê que as crianças retiradas do seu país de residência habitual sem autorização de qualquer um dos seus pais devem retornar o quanto antes. Mas, ante o referido dispositivo normativo, questiona-se se cumprir estritamente o que é determinado pela legislação internacional será sempre a alternativa mais correta para atender o melhor interesse de crianças e adolescentes objetos dessas contendas judiciais, bem como se existe essa preocupação por parte do poder judiciário, especificamente, do STJ brasileiro, ao se deparar com casos como esse.

Após demonstrar a relevância do tema a ser desenvolvido, urge destacar que a construção do presente trabalho foi realizada através de uma pesquisa dividida em duas fases: a primeira é de cunho sistemático, enquanto a segunda é de caráter empírico, na qual foram mapeados e analisados os julgados proferidos entre os anos de 2007 e 2017 pelo STJ brasileiro envolvendo as situações de subtração e sequestro de infantes, com o fim de verificar se o STJ, ao apreciar os mencionados

casos, prima, com absoluta prioridade, pelo superior interesse das crianças e dos adolescentes.

Para atingir tal fim, foram ser cumpridos alguns passos indispensáveis para compreensão da temática estudada e para a resolução da problemática proposta, quais sejam: apresentar como ocorreu o surgimento do sentimento de infância, de modo a relacionar a doutrina da proteção integral e os princípios do melhor interesse e da prioridade absoluta aos direitos fundamentais de crianças e adolescentes, discorrer sobre o instituto da guarda nos âmbitos nacional e internacional, verificar a aplicabilidade e o status normativo assumido pela Convenção de Haia diante da ocorrência de sequestro internacional, trazer as discussões acerca da competência da justiça estadual e federal brasileira para apreciar tais demandas internacionais, demonstrar a importância da pesquisa empírica para o Direito, mapear a experiência do STJ brasileiro para apreciar os casos de sequestro internacional entre 2007 e 2017 e analisar se o STJ, ao julgar tais processos, aplica estritamente o previsto na Convenção de Haia, sendo puramente legalista, ou se há uma preocupação em realizar um estudo mais humanizado e individualizado de cada situação concreta.

Pautada nos objetivos que pretendeu alcançar, a dissertação é estruturada em três seções. A primeira tem como objeto a discussão sobre a importância do desenvolvimento do sentimento de infância para a construção da doutrina da proteção integral. Para isso, foi realizada uma breve análise acerca da construção e do surgimento da ideia de infância, seguida de um esboço sobre a evolução panorâmica dos direitos desses seres em desenvolvimento no âmbito internacional e nacional. Ademais, a seção discorreu, de forma pontuada, sobre o que se entende por doutrina da proteção integral e por princípios do melhor interesse e da prioridade absoluta, de modo a destacar a importância de cada um deles para a promoção e efetivação dos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes.

Em contínuo, na segunda seção é reservada uma sessão para tratar do instituto da guarda nos âmbitos nacional e internacional. Nesse sentido, faz uma breve exposição sobre as modalidades de guarda admitidas no Brasil, que são a unilateral e a compartilhada, e as principais espécies adotadas pelo mundo. O tópico seguinte aborda a importância e a incidência da Convenção de Haia nos casos de sequestro internacional. Essa seção analisa ainda se a competência para apreciar casos de disputa internacional de guarda ou de sequestro internacional de crianças, que incumbe à justiça federal, é capaz de interferir na aplicação do melhor ou

superior interesse dos infantes ao julgar os casos concretos, destacando o atual posicionamento do STJ quando alegado o conflito de competência.

Por fim, o estudo aborda os reflexos da família globalizada na justiça nacional, principalmente nas situações em que existem filhos menores de idade, que, ao fim dessas relações multiculturais, tornam-se os principais alvos de disputas. Nesse desiderato, antes de adentrar ao levantamento e à análise dos dados colhidos por meio de pesquisa empírica sobre os casos de sequestro internacional e consequente conflito referente à guarda de crianças e adolescentes que foram apreciados pelo STJ entre 2007 e 2017, foram realizadas breves considerações sobre a importância dessa modalidade de pesquisa para o Direito.

Assim, acredita-se que, com o desenvolvimento da presente pesquisa, será possível compreender como o STJ Brasileiro costuma atuar quando existem interesses de crianças e adolescentes envolvidos em sequestros internacionais, o que será de grande importância para os estudos sobre os direitos fundamentais dessas pessoas vulneráveis quando inseridas em relações familiares no âmbito internacional.

1 O DESENVOLVIMENTO DO SENTIMENTO DE INFÂNCIA E A SUA IMPORTÂNCIA PARA A CONSOLIDAÇÃO DA DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL

1.1 O desenvolvimento do sentimento de infância

O ser humano está em constante metamorfose, num contínuo processo evolutivo, que se expressa com a apresentação sucessiva de estados que vão do nascimento até a morte, mas que nem sempre ocorrem de forma equilibrada, transcorrendo de modo interligado às mais variadas áreas da existência, como o crescimento físico, psíquico, social e espiritual.

Nesse contexto, foram desenvolvidas inúmeras teorias com o fim de compreender o desenvolvimento humano, dentre elas a do psicólogo e filósofo Jean Piaget, a qual será brevemente analisada, apenas para introduzir a ideia de divisão da vida em fases, fator importante para identificação da infância como uma delas.

Segundo Piaget (1999), a evolução humana está baseada num estado de equilíbrio entre evolução orgânica e psicológica. “[...] o desenvolvimento, por tanto, é uma equilibração progressiva, uma passagem contínua de um estado de menor equilíbrio para um estado de equilíbrio superior”, explica Piaget (1999, p. 13). Em todos os níveis da vida, a ação adotada por cada indivíduo é um reflexo das suas necessidades fisiológicas, afetivas ou intelectuais, acrescenta o estudioso.

Desse modo, Piaget (1999) divide a existência humana em seis estágios de desenvolvimento, marcados pela organização da atividade mental, de modo a relacionar os aspectos motores e intelectuais ao afetivo, diante de um contexto individual e social. Os três primeiros estágios, caracterizados pelos reflexos, instintos, primeiros hábitos motores, práticas sentimentais diferenciadas, evolução da inteligência senso-motora e pelo início da exteriorização da afetividade, compreendem o período da lactância, sendo anterior à consolidação da linguagem e do pensamento (até um ano e meio a dois anos de idade); no quarto estágio, conhecido como segunda parte da primeira infância, percebe-se a inteligência intuitiva, o compartilhamento de sentimento de forma espontânea e o surgimento de relações sociais vinculadas aos adultos (de dois a sete anos de idade); o quinto estágio é marcado pelo começo do raciocínio lógico, através da execução de atividades intelectuais concretas, e pelo sentimento de cooperação (de sete a

onze/doze anos de idade); no sexto estágio, visualiza-se a prática de operações que vão além da lógica e exigem compreensão. É nesse momento que se forma a personalidade e passa-se a se inserir afetiva e intelectualmente na sociedade adulta (adolescência).

Com o exemplo do pensamento de Piaget, percebe-se que a divisão da vida em fases é um bom caminho para entender, de forma mais clara e didática, o caminhar da vida humana, considerando as dificuldades e potencialidades de cada etapa. Desse modo, para fins de compreensão do presente estudo, trar-se-á a noção do surgimento e evolução da ideia de infância, a qual é necessária para se compreender o desenvolvimento dos seus direitos fundamentais e da consolidação da doutrina da proteção integral e, conseqüentemente, dos princípios do melhor ou superior interesse e o da prioridade absoluta.

Mas, antes de se adentrar a análise do desenvolvimento da infância, cumpre fazer uma breve incursão sobre o que se entende por condição humana, da qual a infância compreende apenas uma das etapas da sua construção. O homem é objeto de estudo dos mais variados tipos de ciência - biologia, psicologia, antropologia, filosofia, dentre outras. Todavia, por não ser esse o objeto principal deste trabalho, apesar de ser um pilar importante para sua sustentação, não serão abordadas as concepções de ser humano sob a ótica de todas as ciências, partindo-se da ideia da condição humana desenvolvida pela filósofa política Hannah Arendt (1989).

Nesse sentido, realça-se que, para Arendt (1989), a condição humana está associada à *vita activa*, expressa por três atividades fundamentais, a saber: labor, trabalho e ação. Por labor, compreende-se o próprio crescimento e desenvolvimento natural do homem, que encontra na vida a condição humana. O trabalho pode ser entendido como a atividade artificial da vida humana, que não está, necessariamente, inserida no seu ciclo vital natural, e que, em razão disso, traduz como sua condição a mundanidade. Já a ação significa a relação existente entre os homens, capaz de inseri-los numa vida política como uma condição plural, que justifica a adoção pelos romanos das expressões “viver” e “estar entre os homens” como sinônimos, bem como se destaca por ser um fator determinante da diversidade humana. Dessa forma, as condições essenciais da existência humana - nascimento e morte -, estão atreladas ao labor, ao trabalho e à ação, juntamente com as suas respectivas condições.

Arendt (1989) observa ainda que, para que o ser humano se insira no mundo comum, que é o da opinião pública, ele precisa falar e agir. Mesmo que esteja presente fisicamente, as outras pessoas somente irão reconhecê-lo quando passar a interagir com a sociedade e, conseqüentemente, formar o espaço público, indo além da vida contemplativa, acrescenta a autora. E, dentro da compreensão da ação, é inserida a ideia de natalidade, visto que é através dela que surge o novo, que promove uma ruptura com o mundo da contemplação.

Nesse cenário, partindo-se do pressuposto de que o ser humano é condicionado pela realidade, ao passo que também é responsável por dar sentido às coisas do mundo (ARENDT, 1989), percebe-se que o significado de infância é construído como resultado dessa relação entre o homem e o mundo, sendo vista, hoje, como uma fase de desenvolvimento e vulnerabilidade, de modo que os seres que nela se situam são denominados de crianças e são encarados como sujeitos de direitos, detentores de uma proteção especial em razão da sua peculiar fragilidade.

Ante a constante necessidade de dividir a vida em fases, constata-se que, no campo das artes, isso não seria diferente, haja vista que, ao longo dos séculos, era comum trazer gravuras que representavam as idades da vida, sem se ater apenas às etapas biológicas, mas também às funções sociais desempenhadas em cada uma delas (ARIÈS, 1981). Em razão disso, e como as crianças são foco do presente trabalho, cumpre fazer uma breve análise de como elas eram representadas através dessas obras de arte.

No que diz respeito à ideia de infância, cumpre avultar que, até o século XII, ela não existia, o que se extrai das pinturas que representavam passagens da bíblia, as quais traziam as crianças com feições de homens, diferenciando-as apenas pelo tamanho, sem levar em consideração as suas características próprias, a exemplo da obra **Teótoco de Vladimir**, ou **A Virgem de Vladimir** (Anexo 1), do início do ano de 1100. Nesse período, a infância era uma simples etapa de transição, sem qualquer importância, uma vez que logo seria esquecida (ARIÈS, 1981).

No século XIII, surgem imagens de crianças com aspectos mais semelhantes à ideia que se tem delas na atualidade, com alguns traços e feições diferentes dos adultos, representando crianças maiores, que costumavam ajudar nas missas. Essas representações infantis se estendem pelo século XIV, e correspondem a um grande avanço em relação à concepção de pequenos adultos de antes. Ainda nesse período, visualiza-se um sentimento de tenra infância em imagens bíblicas, que

mostravam o menino Jesus sendo acarinhado por Maria. Contudo, além de raras, estavam sempre atreladas à figura de Jesus, a exemplo da obra **Madonna with Child** (Anexo 2), datada de 1284, pintada por Cimabue, e atualmente localizada no Museu do Louvre, em Paris (França), e do quadro **Madona e Criança** (Anexo 3), do pintor Lucchese Berlinghiero, do ano de 1230, exposto no Museu Metropolitano, em Nova Iorque (EUA). No século seguinte, a mesma afeição infantil passou a ser representada em outras passagens bíblicas, que demonstravam o vínculo existente entre crianças santas e suas mães (ARIÈS, 1981).

Nos séculos XV e XVI, as crianças deixam de ser representadas nas artes como figuras santas e são inseridas em cenas do cotidiano, sempre misturadas aos adultos, contudo, sem nunca ocupar o papel de protagonistas da cena, destacando-se por sua graça, que externava a ideia de infância “engraçadinha”, sendo encarada como instrumento de diversão e passatempo da população adulta (ARIÈS, 1981), conforme pode ser visualizado na obra **Clovis ler et sa famille** (Anexo 4), do século XV, de autoria de Jean Fouquet, localizada nas Grandes Chroniques de France, assim como nas telas **Madonna del Belvedere** (Madonna del Prato) (Anexo 5), de Raffaello Sanzio, de 1506, e **Jogos Infantis** (Anexo 6), de Pieter Bruegel, de 1560, ambas expostas no Museu de História da Arte, em Viena (Áustria).

Entretanto, a infância continuava a ser uma fase que não deveria ser lembrada, visto que não possuía muita importância. Esse pensamento se refletia na ausência de interesse em conservar um retrato de uma criança, por acreditar que esses seres pequenos não eram dignos de lembrança, pois, em razão da sua fragilidade, muitas vezes sequer ultrapassavam essa etapa da vida. Por isso, existia o forte sentimento de que era necessário produzir muitos filhos, visto que apenas alguns seriam conservados. Em contrapartida, não se costumava nutrir apego por esses seres infantes. Assim, a sua perda não era algo que gerava comoção, uma vez que a sua morte era previsível e vista com naturalidade (ARIÈS, 1981).

Na França, até o século XVIII, o elevado índice de mortalidade infantil e a consequente dificuldade de se atingir a vida adulta era reflexo de alguns fatores, como a hegemonia da igreja católica, que priorizava a saúde da alma em detrimento da física, o que, por conseguinte, dificultava o desenvolvimento da medicina; a ausência de infraestrutura urbana, a exemplo de saneamento básico e aterros sanitários, que motivava a ocorrência de constantes epidemias; além da dificuldade de se obter água potável e ter uma alimentação balanceada (GOUBERT, 2007).

Essa ideia de alta produção de crianças, que era motivada pela elevada taxa de mortalidade infantil na Europa, só veio a desaparecer no século XVIII, com o desenvolvimento da teoria malthusiana, que tinha como fim desacelerar a explosão demográfica através do retardamento da realização de casamentos, a prática da castidade antes do matrimônio e a difusão do ideal de que as famílias só gerassem a quantidade de filhos que pudessem sustentar, bem como com a evolução da medicina e a criação e ampliação de práticas contraceptivas (ARIÈS, 1981).

Apesar de a medicina social ter surgido no século XVIII, durante a Revolução Francesa, e, em seguida, a Inglaterra a ter transformado em política estatal, somente na década de 1920, a saúde ganhou status social no Brasil. Nesse contexto, até meados do século XX, as famílias ainda eram bastante numerosas, em virtude dos altos índices de mortalidade infantil e da necessidade da expansão da economia. Porém, a população cresceu de forma desarrazoada, sem a existência de condições sanitárias básicas, havendo a proliferação da pobreza, de doenças e da marginalização. Por fim, nos anos 60, o ingresso no país de entidades que visavam controlar o aumento da população via difusão de métodos contraceptivos hormonais afetou diretamente a estrutura familiar, em especial, na redução da prole (COELHO et al., 2000).

A concepção de que as crianças não devem ser lembradas, por ser a infância uma fase meramente transitória, foi superada durante o século XVII, quando todas as famílias passaram a querer ter em suas casas retratos dos seus filhos, mesmo quando ainda pequenos. Esse hábito teve início com as famílias mais abastardas, o que pode ser constatado na obra **Five Eldest Children of Charles I** (Anexo 7), de 1637, do retratista Anthony van Dyck, na qual estão presentes os cinco filhos mais velhos de Charles I (Rei da Inglaterra, Escócia e Irlanda), como também na pintura **The Graham Children** (Anexo 8), de 1742, de autoria de William Hogarth, ambas estão expostas em Londres (Inglaterra). Esse costume se estende até os dias de hoje, havendo, no século XIX, a transição da pintura para a fotografia (ARIÈS, 1981).

Até o século XVII, a infância era desconhecida pela ciência. E, uma vez que a sociedade não reservava um lugar para as crianças, inexistia uma expressão que as designasse. O reconhecimento dessa fase da vida se deu por meio da ideia de dependência, amparo e proteção que marcavam essa etapa da evolução humana. Dessa forma, os infantes, como seres em desenvolvimento, para se transformarem em adultos aceitos pela sociedade, careciam de cuidados especiais e de uma

disciplina rígida, visto que eram considerados indivíduos irracionais, que precisavam aprender atitudes valorizadas socialmente através de um efetivo controle dos seus atos e movimentos, considerando-se como prova de amor e sinônimo de boa educação a aplicação de castigos físicos pelos pais (LEVIN, 1997).

Essa forma mais rígida e, muitas vezes, desumana de transmissão de ensinamentos, reflete a ideia da criança como ser imperfeito e inoperante, que devia ser conduzido por um adulto, pensamento desenvolvido por Aristóteles (2002, p. 26), segundo o qual “Sendo a criança imperfeita e não podendo ainda encontrar em si mesma a regra de suas ações, sua virtude é ser dócil e submissa ao homem maduro que cuida de seu acompanhamento”. Nesse contexto, é realçado que a educação dos infantes deveria ser edificada pelo Estado, pois é de interesse dele que as crianças sejam virtuosas, uma vez que estas participarão do governo e dos negócios públicos.

Esse era também o pensamento de Santo Agostinho, que via na infância a imagem do mal, pois as crianças traziam consigo o pecado original, do qual somente poderiam ser libertas com o batismo perante a igreja católica e através de uma educação baseada na fé, promovida dentro de instituições religiosas. Jesus Cristo foi o único ser que veio ao mundo liberto dessa mácula, diz Santo Agostinho (1999), que externa esse modo de pensar ao destacar que quando menino sofreu com uma grave dor no estômago que só se dissipou após a realização do seu batismo:

Perturbou-se minha mãe carnal, pois que me criava com mais amor em seu casto coração em tua fé para a vida eterna e, solícita, já havia cuidado de que me iniciasse e purificasse com os sacramentos da salvação, confessando-te, ó meu Senhor Jesus, em remissão de meus pecados, quando, de repente, comecei a melhorar. (SANTO AGOSTINHO, 1999).

Ao visualizar a criança como ser inferior, a aplicação de uma educação mais enérgica se fazia imperiosa. Nesse sentido, Foucault (1987) traz em sua obra uma figura que corresponde à divulgação para a sociedade francesa de uma máquina a vapor (Anexo 9) que, através da aplicação de palmadas e chicotadas, servia para uma rápida correção de meninos e meninas malcomportados, a qual seria instalada em todos os distritos de Paris e nas províncias vizinhas no final do século XVIII, ocasião em que também se informavam a aceitação de crianças incorrigíveis para internação, as quais seriam alimentadas apenas com pão e água.

No Brasil, essa cultura de aplicação de castigos físicos para correção dos filhos não era utilizada pelos índios. Porém, com a colonização, houve a imposição

dos costumes europeus, como o emprego de força para a educação das crianças, introduzidos pelos jesuítas com o fim de extinguir todos os seus pecados, visto que eram fruto da mácula dos seus pais. Tais costumes ganharam força no século XVIII (RIBEIRO, 2014). Um dos maiores símbolos das punições físicas impetradas às crianças era a palmatória, que marcou o século XIX, adentrando os anos de 1900, sendo aplicada pelas famílias e pelas escolas, com a anuência dos pais, como sinônimo de poder e hierarquia (ARAGÃO, 2012).

Em contrapartida, durante o século XVIII, Rousseau (1995), entusiasta do desenvolvimento do sentimento de infância, destaca-a como fundamental para a formação do homem, vendo nela o ideal de um dos seus principais pensamentos, em torno do “bom selvagem”. O homem nasce bom, mas a sociedade o corrompe. Nessa perspectiva, a criança seria um ser privilegiado por ainda não ter sido influenciada pelos costumes da sociedade, pontua o autor, que faz duras críticas a quem ignora a importância dessa etapa da vida. “Deplora-se o estado da infância; não se vê que a raça humana teria perecido se o homem não começasse sendo criança”, ressalta Rousseau (1995, p. 10).

Nesse contexto, o mesmo autor destaca como elemento essencial para a plena evolução humana a educação. Nesse sentido, colocou a criança no centro do processo educacional, propondo uma pedagogia mais humana, sem julgamentos desnecessários, sem privações de liberdade e sem castigos físicos (ROUSSEAU, 1995). Sob a influência do pensamento de Rousseau, a Revolução Francesa (1789) possibilitou uma alteração na função desempenhada pelo Estado, que passou a dispensar uma maior atenção com a educação e o bem-estar dos infantes.

Com o despertar da importância da infância para a formação humana e a institucionalização da educação, desenvolvidas por Rousseau, passou-se a separar as crianças dos adultos durante o processo educacional, surgindo os colégios hierarquizados do século XIV e os internatos dos séculos XVIII e XIX. Com isso, deu-se início ao reconhecimento do sentimento de infância pela sociedade. Nesse cenário, visualiza-se uma maior preocupação das famílias com a educação dos seus filhos, o que ultrapassava a ideia de filhos como sinônimo de bens e de honra, mas pautada no afeto existente entre os cônjuges, pais e filhos (ARIÈS, 1981).

Dessa forma, a família passou a se estruturar em torno da criança, que deixou de ser um mero objeto pertencente aos pais, um simples *bibelot*, que servia para ser paparicada e fazer gracinhas, ganhando tamanha importância. A sua perda passou

a ser encarada como algo passível de dor profunda, e não como algo facilmente substituível, fato que refletiu diretamente na diminuição do número de filhos por núcleo familiar, pois, com a prole reduzida, era possível dispensar maior cuidado a ela (ARIÈS, 1981).

Com o despertar do sentimento de infância, essa etapa do ciclo vital adquiriu maior realce nos mais diversos campos das ciências, e no direito não seria diferente, visto que a preocupação em protegê-la foi ganhando força aos poucos, a princípio por enxergá-la como objeto de proteção; posteriormente, como sujeitos de direito. Como fruto desse processo evolutivo, observa-se a ampliação dos direitos inerentes a elas, que teve como ápice a implementação da doutrina da proteção integral, que tem como pilares os princípios do melhor ou superior interesse e o da prioridade absoluta.

1.2 O panorama dos Direitos das crianças e dos adolescentes nos âmbitos internacional e nacional

Após fazer uma breve análise sobre o desenvolvimento e surgimento do sentimento de infância, passa-se a apresentar no presente tópico um panorama dos direitos inerentes a essa fase da vida, que, como visto de forma mais detalhada no tópico anterior, já foi considerada como algo insignificante.

Cumprir destacar que os direitos das crianças e dos adolescentes possuem suas raízes nos direitos humanos, sendo um dos seus desdobramentos. Assim, deve-se fazer um breve adendo para esclarecer o surgimento da universalização desses direitos, que se deu com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948. Essa universalidade se sustenta no princípio de que todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Porém, surgem críticas ao universalismo, sob a alegação de que ele esbarra no relativismo cultural, de modo a se afirmar que deve haver respeito à diversidade de culturas e costumes que caracterizam a humanidade (MAGENDZO, 2006).

Apesar dos esforços internacionais, sempre foi muito delicado assegurar a proteção dos direitos humanos no âmbito mundial, devendo-se respeitar as singularidades de cada parte do planeta. Para dar efetividade a um sistema de proteção global desses direitos inerentes aos seres humanos, é necessário

conhecer as realidades cultural, política e social de cada região do globo, que, muitas vezes, são utilizadas como justificativas para verdadeiros atos de barbárie.

Nesse contexto, Santos (1997) aponta a hermenêutica diatópica como instrumento para promover a paz mundial, com a plena eficácia dos direitos humanos, através de um diálogo intercultural.

No caso de um diálogo intercultural, a troca não é apenas entre diferentes saberes mas também entre diferentes culturas, ou seja, entre universos de sentido diferentes e, em grande medida, incomensuráveis. Tais universos de sentido consistem em constelações de topoi fortes. Os topoi são os lugares comuns retóricos mais abrangentes de determinada cultura. Funcionam como premissas de argumentação que não se discutem dada a sua evidência. (SANTOS, 1997, p. 23).

Desse modo, além de tentar compreender a realidade cultural, política e social de cada país, para que haja uma efetiva aplicabilidade das convenções que tratam sobre Direitos Humanos na esfera mundial, é indispensável que se faça uma crítica realista ao exercício da soberania, de modo que a decisão operada pelo soberano encontre freios e limites efetivos nas referidas convenções e nos demais direitos conquistados pelos homens ao longo da história da humanidade.

Uma resposta provável a esse dilema pode ser encontrada no pensamento de Arendt (2007), que propugna uma relativização do poder soberano ou uma transcendência do conceito de soberania nacional como expediente à garantia dos direitos do homem e de efetivo respeito à vida digna, independentemente do *status* que carregue, seja ele vinculado à noção de nacionalidade ou de cidadania. De acordo com esse pensamento, acredita-se que somente será possível dar efetividade aos direitos humanos quando ocorrer um diálogo entre as nações, de modo que assegurá-los seja uma prioridade de todas elas.

Quiçá, a partir de um exame crítico sobre o poder soberano e da assunção pelo Direito de parcela de responsabilidade sobre a resolução dos conflitos decorrentes de seu exercício indiscriminado, será possível imaginar um processo de “descoisificação” do ser humano, de modo que a vida digna seja o valor a ser considerado em todos os propósitos adotados no plano das decisões políticas.

Apesar de, muitas vezes, esbarrar no argumento da soberania nacional, exposto no início deste tópico, o grande marco dos Direitos Humanos é a Declaração Universal dos Direitos Humanos, apresentada pelas Nações Unidas em 1948. Entretanto, esse tema já era discutido muito antes dela. Pode-se afirmar que teve origem no século XVII, e que foi fortemente influenciado pela Declaração dos

Direitos do Homem e do Cidadão, decorrente da Revolução Francesa, e pela Declaração de Independência dos Estados Unidos (AQUINO, 2006).

Urge destacar que a Declaração Universal dos Direitos Humanos, apesar de ser considerada uma das maiores referências quando se trata de direitos humanos, apenas passou a reconhecer direitos inerentes à condição humana, os quais deveriam ser respeitados e preservados pelo Estado, como bem destaca Ávila:

E, pela análise da Declaração Universal, percebe-se que a justificativa para o respeito do Estado aos Direitos Humanos, nos termos da Declaração, se consistiria justamente de sua alegada inerência à natureza humana. Ou seja, a limitação da atuação estatal estaria condicionada a direitos anteriores ao Estado, portanto superiores aos estatais porque diretamente inerentes à própria natureza humana, conforme exposição no próprio Preâmbulo da Declaração. (ÁVILA, 2014. p. 246-247).

Desse modo, por se tratarem de direitos próprios dos seres humanos, a sua aplicabilidade não deve ser restrita a nenhuma pessoa, independentemente da faixa etária ou da condição em que se encontre. Sarlet (2010) afirma que não se pode afastar a titularidade dos Direitos Fundamentais (que são a constitucionalização dos Direitos Humanos), nem mesmo dos estrangeiros que se encontrem em situação irregular no país.

Nesse diapasão, por serem direitos humanos constitucionalizados, os direitos fundamentais devem ser aplicados de forma indiscriminada a todos os detentores da condição humana, uma vez que tais direitos possuem uma essência supraestatal, de modo que desconhecem fronteiras nacionais e independem de receberem qualquer reconhecimento pelas Constituições (SAMPAIO, 2013). Assim, não é possível excluir a sua incidência sobre as crianças. “Aliás, em razão de sua condição de pessoa em desenvolvimento, fazem jus a um tratamento diferenciado, sendo correto afirmar, então, que são possuidoras de mais direitos que os próprios adultos”, de acordo com Rossato, Lépore e Cunha (2014).

Conforme retratado no tópico anterior, percebe-se que, ao longo da história, houve uma estigmatização das crianças e dos adolescentes. Contudo, os primeiros esforços para mudar essa realidade vieram com a Declaração de Genebra sobre os Direitos das Crianças pelas Nações Unidas, em 26 de dezembro de 1924, a qual possuía como intenção política o reconhecimento da infância e a sua proteção. Nela, eram previstos os seguintes direitos das crianças: possuírem recursos para se desenvolverem no aspecto material, moral e espiritual; integrarem uma família, serem assistidas em ocasiões adversas; receberem tratamento prioritário em

situações de emergência; além de cuidados com a saúde e a alimentação. Essas intenções deveriam fazer parte da agenda política de cada país (ZELEDÓN, 2015).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), em seus artigos 25 e 26, dispôs sobre a concessão de direitos a cuidados e assistência especial aos infantes, independentemente da sua origem. Nesse cenário, a necessidade de proporcionar uma maior proteção às crianças e aos adolescentes passou a ganhar força na esfera mundial. Assim, esses seres vulneráveis deixaram a condição de objetos de proteção e se tornaram sujeitos de direito com o advento da Declaração dos Direitos da Criança, de 1959, aprovada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), após as duas grandes guerras mundiais, sob a forte influência dos princípios da Declaração Universal dos Direitos do Homem (ROSSATO; LÉPORE; CUNHA, 2014).

Apesar de trazer em seu bojo grandes novidades no que se refere à proteção dos direitos da criança, a Declaração de 1959 carecia de coercibilidade, o que dava ensejo à necessária formulação de um documento que possuísse essa característica. Três décadas depois, em 1989, surgiu a Convenção sobre os Direitos da Criança, a qual atingiu de forma mais rápida o maior número de ratificações em todo o mundo, uma vez que não só passou a reafirmar a condição do infante como sujeito de direito, mas também garantiu a proteção integral a todas as crianças¹ do planeta, sem qualquer distinção (ROSSATO; LÉPORE; CUNHA, 2014).

No aspecto inovação, a Convenção de 1989 superou todas as declarações internacionais que a antecederam. Faz-se tal afirmação não só por ela trazer em seu bojo muitos artigos ou por possuir o maior número de ratificações, nem por determinar que todas as crianças, em razão da sua ausência de maturidade física e intelectual, devem receber proteção integral, mas por assegurar-las o direito à liberdade (em todos os aspectos, inclusive de expressão), o qual costumava se restringir à população adulta (ROSEMBERG; MARIANO, 2010).

Portanto, o reconhecimento da condição de sujeitos de direito dos infantes pela Declaração dos Direitos da Criança de 1959 e sua reafirmação pela Convenção de 1989 foi uma relevante mudança de paradigma, visto que, desde as civilizações

¹ Segundo o artigo 1º da Convenção de 1989: “Nos termos da presente Convenção, criança é todo o ser humano menor de 18 anos, salvo se, nos termos da lei que lhe for aplicável, atingir a maioridade mais cedo”.

antigas, os filhos eram vistos como propriedades dos pais, os quais podiam até dispor sobre as suas vidas.

No ordenamento jurídico brasileiro, os direitos das crianças e dos adolescentes foram constitucionalizados e ganharam uma especial proteção com a Constituição Federal de 1988, que, em seu artigo 227, determina como dever da família, da sociedade e do Estado assegurar, com absoluta prioridade, os direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes. Sposato (2013, p. 36) entende que a constitucionalização desse direito de natureza humana fundamenta-se em dois principais pontos, a saber, quantitativo e qualitativo, estando o primeiro “relacionado à positivação de direitos fundamentais exclusivos de crianças e adolescentes, que se somam aos demais direitos fundamentais dos adultos”; e o segundo, “à estruturação peculiar do direito material de crianças e adolescentes”.

Mas, o grau de proteção previsto na Constituição de 1988 não foi atingido de forma instantânea, houve uma construção histórica bastante lenta e gradual no Brasil. Desse modo, cumpre fazer um breve panorama histórico sobre a evolução dos direitos infanto-juvenis no âmbito nacional.

Assim, no período colonial inexistia qualquer tipo de proteção às crianças e aos adolescentes, pois a maior preocupação era realizar os objetivos da Coroa Portuguesa, o que era feito através da catequização dos infantes, com o fim de transmitir os costumes portugueses e estabelecer uma compreensão sobre o poder que se determinava. Até o século XIX, a preocupação com a proteção infantil, advinha de ações sociais provenientes de religiões, com o fim de caridade, que se materializavam por meio do acolhimento órfãos ou abandonados, e na doação de alimentos para famílias pobres. Foi ainda no referido século que as iniciativas filantrópicas no campo da educação e da medicina ganharam mais força. Contudo, as campanhas de promoção de higiene, contra a “Roda dos Expostos”² e o direcionamento dos denominados menores infratores para penitenciárias só surgiram no início do século XX.

² Segundo Leite (2000, p. 46), “O que parece ser um vão estreito e ligeiramente oval na parede, numa moldura de pedra, é a parte exterior da ‘roda’, uma espécie de mecanismo giratório com três lados abertos na parte inferior. O lado externo fecha firmemente e é preciso um puxão firme para girá-lo e abrir as prateleiras para a rua. Quando se faz isso, um recém-nascido pode ser colocado numa das prateleiras; e quando a roda gira de novo, a criança é introduzida no interior do asilo, no que se poderia chamar de recepção e ao mesmo tempo soa um sino bem alto. Uma Irmã de Caridade ou uma criada imediatamente aparece e pega o recém-nascido; e a fim de preservar sua identidade para alguma finalidade futura, registra imediatamente a hora exata de recebimento, o sexo, condições físicas e a roupa”.

Nesse cenário, destaca-se que o direcionamento jurídico-disciplinar sobre a infância, que tem como referências o Código de Menores de 1927, responsável pela inserção do direito menorista no ordenamento jurídico pátrio, bem como o Código de Menores de 1979, lastreados na doutrina da situação irregular³, marcou o século XX. Apesar da ocorrência do reconhecimento da infância, o Brasil ainda mantinha uma postura segregacionista, que se externava através de conceitos autoritários, a exemplo da incapacidade e do discernimento. Cumpre destacar que o Código de Menores recebia esse nome por ter como alvo regulamentar a situação de pessoas com menos de 18 anos, denominadas de menores, sem o estabelecimento de qualquer distinção entre crianças e adolescentes (CUSTÓDIO, 2009).

No âmbito constitucional, a preocupação com as crianças somente veio com a Constituição de 1934, que não permitia aos menores de 14 anos trabalharem sem autorização judicial e aos menores de 16 anos realizarem trabalho noturno, devendo a atividade laboral em indústrias insalubres ser realizada apenas pelos maiores de 18 anos de idade.

Dando continuidade ao processo evolutivo de proteção dos direitos dos infantes, a Constituição de 1946, criada durante a redemocratização do Brasil, conservou a maioria das previsões constitucionais anteriores, com a ressalva de que estendeu o impedimento para o trabalho noturno até os 18 anos. Durante o governo militar, através da Emenda Constitucional nº. 1, de 1969, tornou-se obrigatória a oferta de ensino primário público para o público com idades entre sete e 14 anos, bem como proibiu o labor para menores de 12 anos de idade. (PASSETI, 2000).

O processo de mudança das previsões legais e constitucionais brasileiras teve forte influência da sociedade, que, de forma gradual, apresentava uma evolução na sua mentalidade. Assim, a Pastoral do Menor da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), a Frente Nacional de Defesa dos Direitos das Crianças e Adolescentes, o Movimento Nacional Meninos e Meninas de Rua (MNMMR), em especial, a Comissão Nacional Criança e Constituinte foram responsáveis pela obtenção do apoio político dos constituintes, através da implementação de um projeto capaz de sensibilizar, conscientizar e mobilizar não só os constituintes, mas a população e até mesmo a iniciativa privada, utilizando a imprensa como um dos meios de promoção desse novo pensamento protecionista. Todo esse engajamento

³ Essa doutrina receberá uma explicação mais detalhada no tópico seguinte, ao se fazer um contraponto com a doutrina da proteção integral.

teve como resultado duas emendas de iniciativa popular - Criança e Constituinte e Criança: Prioridade Nacional -, que deram origem ao art. 227, *caput*, da Constituição Federal de 1988 (LEMOS, 2008).

Sposato (2013, p. 35) observa que essa mudança de postura, que abandona a segregação e adere à proteção integral, e o consequente surgimento, no ordenamento jurídico brasileiro, de um Direito da Criança e do Adolescente inovador “encontram suas origens na ratificação da Convenção sobre os Direitos da Criança em 1989, na Campanha Criança e Constituinte e logo na entrada em vigor da própria Constituição”.

Com o exposto, constata-se que a Constituição Federal deixa de lado a doutrina da situação irregular e passa a adotar a da proteção integral. Todavia, o grande ápice do amparo aos direitos da infância e juventude no Brasil ocorreu com o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA - Lei nº. 8.069/1990), que se perfilhou à doutrina da proteção integral, assegurando, de acordo com Liberati (2010, p. 14):

[...] um direito universal às crianças e adolescentes e esse direito não deve e não pode ser exclusivo de uma categoria de *menor*, classificado como *carente*, *abandonado* ou *infrator*, mas deve dirigir-se a todas as crianças e a todos os adolescentes, sem distinção.

Como visto, toda a inovação trazida aos Direitos da Criança e do Adolescente encontra a sua base na Convenção de 1989, na Constituição Federal de 1988 e no ECA. Mas, além desse alicerce normativo, foi criado, em 2006, o Plano Nacional de Proteção, Defesa e Garantia do Direito da Criança e do Adolescente à Convivência Familiar e Comunitária, o qual visa garantir a convivência familiar e comunitária de crianças e adolescentes através do cumprimento das seguintes diretrizes:

[...] centralidade da família nas políticas públicas; primazia da responsabilidade do Estado no fomento de políticas integradas de apoio à família; reconhecimento das competências da família na sua organização interna e na superação de suas dificuldades; respeito à diversidade étnico-cultural, à identidade e orientação sexuais, à equidade de gênero e às particularidades das condições físicas, sensoriais e mentais; fortalecimento da autonomia do adolescente e do jovem adulto na elaboração do seu projeto de vida; garantia dos princípios de excepcionalidade e provisoriedade nos programas de famílias acolhedoras e de acolhimento institucional de crianças e de adolescentes; reordenamento dos programas de acolhimento institucional; adoção centrada no interesse da criança e do adolescente; controle social das políticas públicas. (NERY, 2010).

Observa-se que o objetivo do Plano Nacional é dar efetividade ao disposto pela Constituição de 1988, que, em seu art. 226, indica que a família é a base da

sociedade e que deve ser protegida pelo Estado, que também tem o dever de assegurar, com absoluta prioridade, os direitos desses seres vulneráveis, conforme prevê o art. 227. Além das previsões constitucionais, depreende-se, tanto da Convenção como do ECA, que a convivência familiar deve ser priorizada, pois entende-se que esse é o ambiente ideal para o pleno desenvolvimento de crianças e adolescentes e para que, conseqüentemente, os seus direitos sejam, efetivamente, protegidos.

Cumprе ressaltar que, apesar de o Brasil ter ratificado a Convenção sobre os Direitos das Crianças (1989) em um curto espaço de tempo, isto é, em 1990, e, em razão disso, pautar suas normas internas nas previsões trazidas por ela, o país não vem cumprindo a contento as exigências desse tratado internacional.

A Convenção criou o Comitê de Direitos da Criança das Nações Unidas, órgão de vigilância formado por estudiosos sobre o tema, indicados pelos países signatários, para avaliar, através da análise dos relatórios enviados periodicamente pelas nações que a ela aderiram, se a Convenção está, de fato, sendo aplicada por elas (ROSEMBERG; MARIANO, 2010).

Todavia, mesmo com a previsão do cronograma de monitoramento de que a entrega dos referidos relatórios pelo Brasil deveria ocorrer nos anos de 1992, 1997 e 2002, o primeiro deles só foi apresentado em novembro de 2003, sendo o único país, dentre os que haviam ratificado a Convenção, que não tinha enviado nenhum relatório até aquela data (ANDI, 2015). Nessa ocasião, também foi apresentado um Relatório Alternativo da sociedade civil que tratava da aplicabilidade dos direitos da criança no Brasil, elaborado pela Associação Nacional dos Centros de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente (Anced) e pelo Fórum Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (ROSEMBERG; MARIANO, 2010).

Após o recebimento do referido relatório, o Comitê dos Direitos da Criança da ONU fez 76 recomendação ao Brasil, dentre as quais a entrega, até outubro de 2007, do próximo relatório (ROSEMBERG; MARIANO, 2010). Contudo, o segundo Relatório Alternativo somente foi apresentado ao Comitê da ONU em fevereiro de 2015, sendo elaborado sob a coordenação da Associação Nacional dos Centros de Defesa da Criança e do Adolescente (Anced), juntamente com a Fundação Abrinq, Save the Children, Ecpat Brasil, Fórum Nacional DCA, Fórum Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil, Ação Educativa e Campanha Nacional pelo Direito à Educação (FUNDAÇÃO ABRINQ, 2015).

Percebe-se que, desde o surgimento da ideia de infância, esta passou a ser alvo de preocupação no âmbito jurídico, e que, após um longo período evolutivo, ganhou respaldo em convenções internacionais e reforço no direito brasileiro, devendo a proteção aos direitos da criança e do adolescente ser assegurada em todas as esferas (nacional ou internacional) e em todo meio jurídico. Todavia, apesar de todos os avanços dos direitos infanto-juvenis no mundo e no Brasil, ainda se observa que o nosso país encontra dificuldade em cumprir, efetivamente, o que dispõe a Convenção sobre os Direitos da Criança, a qual ratificou, em 1990, em especial no que se refere aos prazos para envio do relatório periódico.

1.3 Doutrina da proteção integral das crianças e dos adolescentes

Como já foi devidamente introduzido no tópico anterior, o Brasil, desde a Constituição Federal de 1988, com a previsão do *caput* do seu art. 227, passou a adotar a doutrina da proteção integral das crianças e dos adolescentes em detrimento da situação irregular. Ou seja, não só aqueles infantes que se encontrem em situação de maior vulnerabilidade devem ser protegidos, mas todos, sem qualquer distinção, por se tratarem de seres em desenvolvimento.

Nesse contexto, constata-se que o ordenamento jurídico brasileiro incorporou a doutrina da proteção integral antes mesmo da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, de 1989, porém sob forte influência da Declaração dos Direitos da Criança de 1959 e dos movimentos sociais da década de 1980 em favor da aplicação dos Direitos Humanos para todos, de forma indistinta. Nesse passo, para tratar dos Direitos das Crianças e Adolescentes faz-se necessário compreender não só a doutrina em comento, mas os princípios decorrentes dela.

Apesar da proteção integral já ter sido prevista na Carta Magna de 1988, as suas raízes, no âmbito mundial, encontram-se na Declaração dos Direitos da Criança de 1959 e na Convenção Internacional dos Direitos da Criança de 1989. Esta última, ratificada em sua totalidade pelo Brasil, teve seu conteúdo reafirmado de forma pormenorizada pelo ECA (Lei nº. 8.069/90), que consagrou a doutrina da proteção integral logo em seu 1º artigo: “Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente”. Através dela, firma-se a visão da criança como ser humano, e detentora de necessidades especiais em razão da sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, da sua vulnerabilidade e por serem responsáveis

pela continuidade da espécie, de forma que merecem uma proteção integral por parte da família, da sociedade e do Estado, que deve assegurar a promoção e a defesa dos direitos infanto-juvenis por meio de políticas públicas.

Realça-se que, além de se destacar pela afirmação da doutrina da proteção integral, o ECA passou a distinguir, em seu 2º artigo, o que se entende por crianças e adolescentes, abrangendo as primeiras pessoas até 12 anos incompletos, e os segundos, os que possuem entre 12 e 18 anos de idade. A ambos se aplicam as regras presentes no estatuto, que, excepcionalmente, pode ser aplicado para seres humanos entre 18 e 21 anos de idade.

Apesar de encontrar guarida logo no 1º artigo do ECA, a doutrina da proteção integral foi reforçada e melhor esclarecida em seu artigo terceiro, no qual é exposto que aos infantes (sem qualquer distinção de situação econômica, idade, sexo, etnia, crença, deficiência ou qualquer outra condição pessoal ou social) devem ser assegurados todos os direitos fundamentais relativos à pessoa humana.

Com isso, percebe-se que o estatuto frisa a aplicabilidade de todos os direitos fundamentais, previstos no artigo 5º da Constituição Federal, para as crianças e adolescentes, a fim de assegurar-lhes, por todos os meios, condições plenas de liberdade e dignidade para o seu desenvolvimento físico, moral, espiritual e social, sem qualquer espécie de discriminação (LAMENZA, 2012).

Assim, a doutrina da proteção integral, disposta no ECA, firmou-se como algo inovador e extremamente oposta à da situação irregular, prevista nos Códigos de Menores de 1927 e 1979, que enxergava a criança como objeto, reduzindo seus direitos através da prática de políticas públicas autoritária por parte do Estado, atribuindo ao Poder Judiciário o controle de condutas policiais mais agressivas, em que havia a determinação, de forma predominante, da institucionalização para os infantes, pelo simples fato de serem desprovidos de rendimentos econômicos, de se encontrarem impossibilitados de exercer seu papel político e de possuir uma vida digna (CUSTÓDIO, 2009).

Nesse contexto, deve-se realçar que, durante a vigência da doutrina da situação irregular, foi criada, em 1964, a Política Nacional do Bem Estar do Menor, e, na década de 70, surgiram as Fundações Estaduais para o Bem Estar do Menor (FEBEMs). Esse período se caracterizou por uma ação estatal via intervenção judicial, “com a internação em estabelecimentos ditos ‘educacionais’, tanto das

crianças abandonadas com pouca idade quanto dos adolescentes cujos pais careciam dos recursos necessários à sua manutenção” (GONZÁLEZ, 2015, p. 26).

Assim, pautando-se em um posicionamento supostamente protetor, colocava-se em instituições de internação todos os menores considerados em situação irregular, que iam de pessoas desprovidas de condições financeira até a autores de infrações penais, conforme previsão do art. 2º do Código de 1979. Ademais, a situação jurídica deles pouco importava, visto que inexistia contraditório quando da aplicação de sanção. Nesse contexto, o Ministério Público (MP) exercia duplo papel, como acusador e curador dos interesses dos infantes (GONZÁLEZ, 2015).

Diante disso, constata-se que os menores enquadrados em situação irregular eram seres desprovidos de direitos, uma vez que as leis anteriores à Constituição Federal de 1988 denominavam de medidas de proteção dispositivos que mais se assemelhavam a sanções, pois não correspondiam a nenhum direito ou medida de apoio à família, prevendo apenas uma assistência religiosa. Assim, ao invés de rotular as crianças, a legislação deveria estabelecer que estaria em situação irregular a família desestruturada que abandona sua prole, os pais que não exercem o poder familiar de forma correta, bem como o Estado, que é omissos no que tange à efetivação de políticas públicas (LIBERATI, 2010).

Com a análise do 2º artigo do Código de Menores de 1979, juntamente com os dispositivos do ECA que regulamentam a doutrina da proteção integral, percebe-se que houve a transição de um posicionamento ditatorial e autoritário para a democracia, num processo que retirou crianças e adolescentes do esquecimento e da exclusão, tornando-os seres possuidores de uma identidade, de sentimentos e de uma história. Com isso, ocorreu um aparelhamento entre os princípios norteadores dos Direitos das Crianças e dos Adolescentes e os Direitos Humanos. Assim, a condição humana foi potencializada no ordenamento jurídico brasileiro (PORTO; WARTCHOW, 2015).

Na América Latina, a legislação brasileira referente à aplicabilidade da doutrina da proteção integral aos Direitos das Crianças e dos Adolescentes (Lei nº 8.069/90) enquadra-se como de vanguarda, de modo que o ECA foi responsável por inspirar a elaboração de novos códigos em vários países da região, a exemplo da Bolívia e do Equador, em 1992, do Peru, em 1993, da República Dominicana, em 1994, de Honduras, em 1996, da Costa Rica, Nicarágua e Venezuela, em 1998, do México, em 2000, e da Guatemala e do Paraguai, em 2003 (O'DONNELL, 2004).

Contudo, as aludidas legislações, apesar de terem se baseado na Convenção Internacional dos Direitos da Criança, de 1989, e no ECA, mesclavam essa interferência com normas repressivas herdadas da legislação tutelar. Assim, com a evolução da proteção integral, muitos países substituíram os seus códigos, a fim de adequar os seus dispositivos à doutrina mais moderna, num processo apoiado pelo Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF) e pelo Comitê dos Direitos das Crianças⁴, a exemplo do Código del Niño, Niña y Adolescente, de 1999, que revogou o Código del Menor, de 1992, na Bolívia; o Código de la Niñez y Adolescencia, de 2003, que substituiu o Código de Menores, de 1992, do Equador; o Código para el Sistema de Protección y los Derechos Fundamentales de Niños, Niñas y Adolescentes, de 2003, em lugar do Código para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, adotado em 1994 pela República Dominicana; e o Código de la Niñez y Adolescencia, de 1998, que foi revogado por outro de mesmo nome, em 2003, na Nicarágua (O'DONNELL, 2004).

A adoção da doutrina da proteção integral pelo Brasil e por vários países do mundo marca uma grande alteração de paradigma, a qual é capaz de influenciar a jurisprudência e a legislação relacionadas aos órgãos internacionais de proteção aos direitos humanos. Nesse diapasão, através da opinião consultiva OC-17/2002, a doutrina em estudo passou a ser notadamente recepcionada pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos (LOPES; DIÓGENES, 2012).

Ante todo o exposto, observa-se que a doutrina da proteção integral é uma construção baseada em três princípios fundamentais, quais sejam: 1) as crianças como sujeitos de direito, que saem da condição de menores objetos passivos de compaixão e repressão, e se tornam detentoras de demandas positivas ou negativas, possuidoras de direitos e obrigações, como qualquer outro membros da sociedade; 2) o direito à proteção especial, uma vez que todas as dimensões da vida e do desenvolvimento dos infantes merecem guarida; e 3) que sejam assegurados os direitos necessários para o desenvolvimento integral de crianças e adolescentes, sem qualquer restrição e através da implementação da sua cidadania (ZELEDÓN, 2015).

Assim, no que se referem aos direitos humanos, a doutrina da proteção integral estabelece, no plano jurídico, além da condição de sujeitos de direitos (de

⁴ Órgão criado pela Convenção Internacional dos Direitos da Criança de 1989 para zelar pelo seu efetivo cumprimento em todos os países signatários (O'DONNELL, 2004).

sobrevivência, desenvolvimento, proteção e participação), o melhor ou superior interesse dos infantes, a prioridade absoluta desses seres em desenvolvimento e o papel fundamental da família para o seu pleno desenvolvimento (CRUZ, 2012), que será estudado de forma mais detalhada nos tópicos a seguir.

1.4 Princípio do melhor ou superior interesse das crianças e dos adolescentes

O ordenamento jurídico brasileiro é constituído por um conjunto hierarquicamente organizado de normas. Essa organização é feita de acordo com a concretude e importância da norma no sistema jurídico. Para Kelsen (2001), as normas inferiores, localizadas na base da pirâmide da hierarquia, são aquelas com maior grau de concretude, buscando, sempre que necessário, sua validade em uma norma jurídica superior. Se a norma inferior não tiver fundamento em uma norma superior, ela estará em desacordo com o ordenamento jurídico.

É evidente que a norma de maior hierarquia no ordenamento jurídico é a Constituição Federal. Assim, todas as demais normas inferiores a ela devem estar em consonância com o que é previsto pela Carta Magna, sob pena de inconstitucionalidade, tornando-se inválida, não produzindo efeito no mundo jurídico.

Nessa visão kelseneana, alguns princípios são colocados no topo da pirâmide no momento em que são inseridos no texto constitucional, virando uma categoria normativa de princípios, tendo aplicabilidade a um enorme número de normas gerais. Atualmente, vive-se na “era dos princípios”, onde estes estão alcançando posição igualitária às normas, dentro da pirâmide normativa.

Contudo essa visão hierárquica e estática das normas e dos princípios passou a ser alvo de críticas. Na segunda metade do século XX, com uma base epistemológica diferente da de Kelsen, Alexy (1998) defende que o conjunto normativo, composto por regras e princípios, encontra-se aberto para debates, não podendo ser compreendido apenas com base em uma estrutura lógica. Assim, o que prevalece não é o patamar hierárquico que ocupa, mas a sua fundamentação, pautada no melhor argumento. Todavia, esclarece que as regras, caso sejam válidas, deverão ser cumpridas, pois possuem determinações. Já a aplicabilidade dos princípios ocorre com base na ponderação dos graus que ocupa em determinada circunstância, mesmo que sejam válidos. Desse modo, como um dos

precursores do estudo sobre princípios, conceitua-os como sendo uma espécie de norma jurídica por meio da qual são estabelecidos deveres de otimização aplicáveis em vários graus, segundo as possibilidades normativas e fáticas.

Canotilho (1993), por sua vez, traz a concepção dos princípios juridicamente fundamentais como aqueles que são identificados e introduzidos lentamente no arcabouço jurídico, de modo que acabam por encontrar no texto constitucional a sua necessária recepção expressa ou tácita. E, ao integrarem o ordenamento jurídico positivado, assumem o importante papel de paradigma para que o direito positivo seja interpretado, integrado, conhecido e aplicado.

Nesse cenário, é de salutar importância expor o conceito de princípio dado por Mello (2003, p. 747-748):

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, dispositivo fundamental que se irradia sobre diferentes normas, (...) servindo de critério para sua exata compreensão. (...). Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comando.

Ao violar qualquer princípio, ataca-se o alicerce de todo o ordenamento jurídico, não afetando somente aquele princípio diretamente, mas todo o ordenamento. A estruturação do sistema de normas ou ideias no mundo jurídico é feita através dos princípios, que é um norte normativo para todas as normas que dele derivam ou a ele se subordinam. O princípio é a espinha dorsal do sistema de normas, organizando-o de forma racional e harmoniosa para que haja uma correta interpretação do sistema como um todo.

O ordenamento jurídico brasileiro é composto de diversos princípios que atuam nas mais diversas áreas do direito, não sendo objetivo deste trabalho estudar, de forma pormenorizada, todos esses princípios, mas tão somente demonstrar a sua importância como mestras vigas do ordenamento jurídico, os quais não podem ser infringidos sob pena de gerar um forte abalo na organização jurídica pátria.

Nesse desiderato, urge fazer um adendo para a necessidade de todos os princípios do ordenamento jurídico viverem em harmonia, em que a atuação de um não coloque em risco a preservação do outro. Desse modo, diante da fundamental importância dos princípios para o ordenamento jurídico brasileiro, antes de adentrar na problemática central do presente estudo, cumpre fazer uma breve incursão sobre os princípios basilares que regem os direitos das crianças e dos adolescentes, que

são o do melhor ou superior interesse, sobre o qual se discorrerá ao longo deste tópico, e o da prioridade absoluta, que será abordado em contínuo.

Conforme se depreende do tópico anterior, o princípio do melhor ou superior interesse das crianças e dos adolescentes decorre, atualmente, da doutrina da proteção integral, tratando-se de um critério norteador tanto para quem elabora as leis (legislador), como para quem as interpreta, com o fim de solucionar conflitos (aplicador). Entretanto, a sua origem histórica encontra-se no direito anglo-saxônico, especificamente, no instituto protetivo do *parens patriae*⁵, através do qual os seres considerados juridicamente limitados, como os menores e os loucos, eram colocados sob a guarda do Estado, havendo, no século XVIII, a separação da proteção dos infantes da proteção dos loucos (AMIM, 2011).

Diante disso, a Declaração dos Direitos da Criança, de 1959, reconheceu a importância do princípio do melhor interesse da criança, passando a adotá-lo. Desse modo, o aludido princípio encontrava previsão no ordenamento jurídico brasileiro desde o Código de Menores, que o regulamentava em seu artigo 5º, porém sob a orientação da doutrina da situação irregular; ou seja, apenas era aplicado para crianças e adolescentes que se encontravam em maior condição de vulnerabilidade.

No entanto, com a adoção da doutrina da proteção integral pela Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, de 1989, recepcionada pelo artigo 227 da Constituição Federal de 1988 e pelo ECA, de 1990, houve uma mudança de paradigma do princípio ora estudado, que passou a adquirir uma maior dimensão de aplicabilidade, de modo a atingir toda a população infanto-juvenil (AMIM, 2011).

Em conformidade com o princípio do melhor interesse da criança todas as medidas adotadas, no âmbito público ou privado, referentes à infância devem observar o superior interesse dessa parcela da população como uma consideração primária, o que representa o estreito relacionamento existente entre os direitos das crianças e os direitos humanos de um modo geral. Deve-se ressaltar que esse princípio não visa a exclusão de nenhum tipo de garantia legal, mas a priorização dos direitos desses seres vulneráveis. Trata-se ainda de um critério norteador para a

⁵ *Parens Patriae* é uma doutrina que concede ao Estado poder e autoridade para proteger os indivíduos que são considerados legalmente incapazes de agir em seu próprio nome. Quando o governo exerce *Parens Patriae*, ele assume o papel de guardião atuando em prol de outro, como crianças ou deficientes mentais. Em latim, o termo *Parens Patriae* significa pai do país. *Parens patriae* é frequentemente usado em casos de custódia infantil envolvendo negligência ou abuso infantil. Ele é usado para esclarecer a responsabilidade do Estado de defender crianças pequenas que não recebem cuidados adequados de seus pais. (CUSTODYZEN, 2012).

resolução de conflitos que envolvam crianças e jovens, tendo como fim a realização de justiça, não podendo ser considerado uma diretriz ou um objetivo social (BRUÑOL, 2018).

Nesse contexto, a aplicação do princípio do melhor ou superior interesse da criança e do adolescente deve sobrepor os direitos inerentes a esses seres em desenvolvimento aos interesses da coletividade, de forma que seu funcionamento se assemelha ao princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, foi recepcionado pelo ECA como norteador da aplicação de medidas protetivas por parte do Estado, para que qualquer intervenção estatal atenda com prioridade as necessidades e direitos do público infanto-juvenil, mas sem afetar os legítimos interesses inerentes à sociedade e que estejam presentes no caso concreto. Com isso, projeta-se como algo que ultrapassa as disposições jurídicas destinadas às políticas públicas, uma vez que visa promover para todos uma cultura mais igualitária e respeitosa (FONSECA, 2011).

Apesar de muito se falar em princípio do melhor ou superior interesse da criança e do adolescente, há quem entenda que ele não se enquadraria como princípio, mas como um postulado normativo, visto que, ao compor o Sistema de Proteção dos Direitos da Criança e do Adolescente, com previsão em dispositivos da legislação internacional, como na Convenção sobre os Direitos da Criança (art. 3º, “I”, art. 9º, “I”, art. 9º, “3”, art. 18, “I”, art. 21, art. 37, “c”, e art. 40, “2”, “b”) e nas Diretrizes de Riad (art. 45), e no âmbito nacional receber destaque no ECA (inciso IV do art. 100), ganha o *status* de norma supralegal, cujo cumprimento é obrigatório.

Dessa forma, sustenta-se que o superior ou melhor interesse da criança e do adolescente, ao se consolidar como um valor que norteia a proteção desses seres vulneráveis, não seria um princípio determinante, mas um modelo de concretização dos direitos infanto-juvenis, posicionando-se em segundo grau, de modo a orientar a aplicação de princípios e regras, servindo como parâmetro para, diante de casos concretos, verificar se ocorreu afronta a normas estruturadas baseadas nele (ROSSATO; LÉPORE; CUNHA, 2014). Nesse desiderato, urge destacar o que se compreende por postulado normativo. Para isso, faz-se imperioso trazer à baila o entendimento do seu idealizador, Humberto Ávila:

Os postulados normativos são entendidos como condições de possibilidade do conhecimento do fenômeno jurídico. Eles, também por isso, não oferecem argumentos substanciais para fundamentar uma decisão, mas

apenas explicam como (mediante a implementação de quais condições) pode ser obtido o conhecimento do Direito. (ÁVILA, 1999, p. 165).

Desse modo, conforme o entendimento de que o melhor ou superior interesse da criança seria um postulado normativo, ele deve funcionar como critério norteador para a aplicação de princípios e regras no que corresponde aos direitos das crianças e dos adolescentes, atuando como uma espécie de termômetro da razoabilidade e da proporcionalidade na utilização de normas positivadas, a fim de assegurar o melhor interesse dessas pessoas (ROSSATO; LÉPORE; CUNHA, 2014).

Todavia, o superior ou melhor interesse não é algo absoluto, e deve ser manuseado com cautela, pois, se não for bem conduzido, pode acarretar em prejuízos para os seus maiores beneficiados (crianças e adolescentes), podendo aumentar o número de demandas e afetar a qualidade das decisões. Contudo, garantir a sua efetiva aplicação não é algo simples, visto que se faz necessária a participação de uma equipe multidisciplinar (MP, conselho tutelar, assistente social, psicólogo, psiquiatra, entre outros), com o objetivo não só de verificar a aplicação das leis, mas de minimizar uma atuação judicial arbitrária e discricionária, que possa colocar em risco os interesses desses seres vulneráveis (FONSECA, 2011).

Ao analisar um caso concreto, jamais se deve esquecer que os grandes destinatários do superior ou melhor interesse são as crianças e os adolescentes, não seus familiares. Urge destacar ainda que sua efetivação não está atrelada ao que o julgador entenda como mais benéfico para os infantes, mas se houve uma preocupação em resguardar com amplitude os direitos fundamentais inerentes a essa parcela da população, de modo que atenda à sua dignidade como crianças e adolescentes, tratando-se de um exercício de ponderação de interesses e de aplicação do princípio da razoabilidade (AMIM, 2011).

Assim, ao fazer uma breve incursão pelo “princípio”⁶ ora estudado, percebe-se a sua importância como critério estruturante dos direitos das crianças e dos adolescentes (CUSTÓDIO, 2009), em especial, no atual contexto de formações familiares multiculturais e globais, que envolvem diversos interesses distintos, como os dos pais e das nações envolvidas, surgindo a necessidade de criação de normas internacionais para regulamentar essas situações e resguardar os direitos infanto-juvenis. Desse modo, é de salutar importância primar, quando da resolução de

⁶ Utilizou-se aspas na palavra princípio por existirem doutrinadores, como já explanado, que não entendem que o melhor ou superior interesse seria um princípio, mas um postulado normativo.

qualquer conflito que envolva crianças e adolescentes, pelo seu melhor interesse, a fim de proteger os direitos a eles pertencentes, e isso não é dever só do Estado, através do judiciário e de políticas públicas, mas também da sociedade e da família.

1.5 Princípio da prioridade absoluta das crianças e dos adolescentes

Para encerrar a primeira seção, cumpre discorrer sobre o último princípio, que é de fundamental importância para a população infanto-juvenil, a ponto de receber destaque no *caput* do artigo 227 da Constituição de 1988, ao prever que os direitos fundamentais dessas pessoas em desenvolvimento devem ser assegurados com absoluta prioridade pelo Estado, pela família e pela sociedade.

Realça-se que o princípio em tela, assim como o melhor interesse, também recebeu previsão expressa na Convenção das Nações Unidas Sobre os Direitos da Criança, de 1989, em seu artigo 3º. Baseado na Carta Magna e na legislação internacional, o ECA (Lei nº 8.069/90) também passou a dispor dele, elencando, de forma exemplificativa, as hipóteses de aplicação da prioridade absoluta, no parágrafo único do seu artigo 4º, quais sejam:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude. (BRASIL, 1990).

Para uma melhor compreensão sobre as hipóteses de aplicação do princípio da prioridade absoluta, serão apresentados alguns exemplos que traduzem as alíneas do parágrafo único do artigo 4º do ECA.

Dessa forma, a situação da alínea “a” indica que, diante de um perigo, como no caso de falta de água, de alimentos ou abrigo, ou quando ocorrer um acidente ou calamidade, e em outras ocasiões, sempre que possível, os infantes devem ser socorridos e protegidos em primeiro lugar. A alínea “b” transmite a ideia de que crianças e adolescentes possuem menor resistência em comparação com os adultos, a exemplo da espera para atendimento em serviços de saúde, no qual, através da asseguarção da prevalência, busca-se evitar que as demais pessoas façam sua superioridade física prevalecer. Na alínea “c”, visualiza-se a importância de se priorizar os cuidados com a infância e juventude quando da formulação e

execução de políticas públicas (DALLARI, 2013). Já na alínea “d”, constata-se que, enquanto forem priorizadas as construções de praças, monumentos artísticos, pavimentação de ruas, entre outras obras do gênero, em detrimento de atendimento preventivo e emergencial às gestantes, edificações de creches, escolas, postos de saúde e moradias dignas, não há que se falar em efetivação desse princípio norteador dos direitos das crianças e dos adolescentes (ISHIDA, 2013).

Como já esclarecido, as hipóteses descritas no parágrafo único do artigo 4º do ECA não são taxativas, mas o mínimo exigido em situações em que os direitos dos infantes devem ser assegurados com prioridade, uma vez que se apresenta como uma necessidade de proporcionar maiores cuidados a um grupo de seres humanos que são mais frágeis e que vivenciam uma fase de desenvolvimento, em que os riscos para a sua formação são aumentados (LIBERATI, 2010).

Nesse contexto, é importante destacar que o princípio da prioridade absoluta não afronta, em nenhum momento, o princípio da isonomia ao assegurar um tratamento diferenciado e preferencial para crianças e adolescentes. Isso pode soar estranho quando se analisa, de forma isolada e literal, a disposição constitucional que diz que “todos são iguais perante a lei” (BRASIL, 1988). No caso, a Constituição Federal almeja atingir a igualdade material, fundamentada na condição de desigualdade existente entre as pessoas, de modo que a elas devem ser dispensados tratamentos distintos para suprir as suas diferenças, o que pode ser visualizado como uma compensação razoável e proporcional das desigualdades.

Como seres mais frágeis e em condição de desenvolvimento, as crianças e os adolescentes devem ser postos em primeiro lugar na lista de prioridades do Estado, para promoção dos seus direitos fundamentais (vida, saúde, educação etc), bem como devem receber com preferência todos os cuidados indispensáveis advindos da sociedade e da família (LIBERATI, 2010).

Com previsão constitucional e em legislação internacional, a primazia do interesse de crianças e adolescentes deve ser estabelecida, como já exposto, em todos os âmbitos - familiar, social, administrativo, judicial e extrajudicial. Porém, cumpre fazer um adendo de como se opera essa prioridade nesses diversos campos.

A família como núcleo da sociedade, seja ela natural ou substituta, tem por obrigação zelar pelo bem-estar dos seus filhos, o que é feito, na maioria dos casos,

quase que de forma instintiva, quando os pais abrem mão dos seus desejos pessoais para satisfazerem os dos seus descendentes (AMIM, 2011).

A sociedade, representada pela comunidade que faz parte do dia a dia de crianças e adolescentes, como vizinhos, escola e membros da igreja de que façam parte, também é responsável por resguardar os direitos dessa parcela da população. Por se encontrarem mais próximos, possuem melhores condições de identificar a violação desses direitos e a postura inadequada dos infantes, que pode colocá-los em situação de risco (AMIM, 2011).

Quanto às esferas administrativa, judicial e extrajudicial, compete ao Poder Público o respeito e o resguardo dos direitos infanto-juvenis em todas elas, contudo, não é o que se visualiza na prática, pois o processo para implementação da justiça especializada nos direitos da infância e da juventude aconteceu tardiamente e vagarosamente quando comparado ao da justiça comum. Situação semelhante pode ser vista também na liberação de recursos para programas sociais voltados para as crianças e adolescentes, que costumam correr a passos lentos, enquanto verbas destinadas a outros fins não prioritários são beneficiadas. Essa apatia estatal tem sido alvo de várias ações do Ministério Público, que tem promovido a assinatura de Termos de Ajustamento de Condutas (TACs) e proposto ações civis públicas, que, em grande parte dos casos, encontram no Poder Judiciário a reafirmação da necessidade de assegurar a absoluta prioridade prevista constitucionalmente, no ECA e na Convenção de 1989 (AMIM, 2011).

Nesse cenário, percebe-se que, ao dispor sobre o princípio da prioridade absoluta no *caput* do artigo 227 da Constituição Federal e ao reafirmá-lo no artigo 4º do ECA como dever do Estado, da família e da sociedade, esboça-se a importância do princípio da cooperação, estabelecido no art. 18 do ECA (LAMENZA, 2012).

Desse modo, como já foi exposto de forma mais detalhada, cada sujeito ativo exerce um papel fundamental para a efetivação do aludido princípio. Porém, não podem atuar de forma isolada, a ponto de excluir a função do outro. Com isso, cumpre primar por um desempenho harmônico das atribuições de cada responsável pela promoção preferencial dos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes, a fim de que haja uma efetiva união de esforços, para que as necessidades básicas da população infanto-juvenil sejam atendidas, de modo que a eles possa ser assegurada uma melhor qualidade de vida, condizente com a sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. Tem-se, portanto, uma obrigação

concorrente entre Estado, família e sociedade para assegurar para esses seres vulneráveis um ambiente sadio e livre de riscos (LAMENZA, 2012).

Avulta-se ainda que o princípio da prioridade absoluta é um dos marcos do rompimento com a teoria da situação irregular, uma vez que, ao se coadunar com a doutrina da proteção integral, funciona não só como referencial para apreciação de contendas, mas como uma orientação para que os direitos fundamentais sejam implementados, através da favorecida destinação de recursos para a execução de políticas públicas, que necessitam atingir um grau distinto do que já foi praticado ao longo da história do Brasil, para que ocorra a efetivação dos direitos destinados às crianças e aos adolescentes (CUSTÓDIO, 2009).

Para que se atinja tal fim, deve haver a transposição de práticas estritamente assistencialistas, emergenciais e segmentadas, que, em sua essência, são excludentes e costumam impedir que a maioria do público infanto-juvenil tenha acesso às políticas sociais básicas. Para isso, é indispensável a universalização dos serviços públicos, o que é possível por meio da descentralização das ações sociais, as quais devem ser implementadas onde as pessoas residem, conforme previsão do artigo 204, I, da Constituição Federal: “descentralização político-administrativa, cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e a execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal, bem como a entidades beneficentes e de assistência social” (CUSTÓDIO, 2009).

Entende-se que, além de priorizar a destinação de verbas nacionais para a efetivação de políticas públicas, quando elas não forem suficientes, deve-se recorrer à cooperação internacional, que, de acordo com a sua política de aplicação, prevê que, antes de qualquer compromisso decorrente de outras ações do Estado, coloque-se em primeiro plano a ajuda às crianças. Desse modo, o princípio da prioridade absoluta não se limita à participação do governo nacional para implementação de serviços sociais voltados para a proteção dos direitos de crianças e adolescentes, mas também se estende às instituições internacionais (CHACÍN, 2006).

Ante o exposto, conclui-se que o princípio da prioridade absoluta encontra respaldo e fundamentação além do ordenamento jurídico pátrio, pois também é previsto em legislações internacionais, como a Convenção sobre os Direitos das Crianças, de 1989, devendo ser assegurado e promovido por entes de direito interno e externo, em todos os âmbitos, o que engloba as mais diversas situações que

envolvam crianças e adolescentes, incluindo os casos de sequestro internacional e a consequente disputa judicial envolvendo famílias multiculturais, objeto deste estudo.

2 O BRASIL E AS DISPUTAS DE GUARDA EM CASOS QUE ENVOLVAM DIFERENTES NACIONALIDADES

2.1 O instituto da guarda e sua relação com o direito nacional e internacional

A guarda encontra a sua origem no pátrio poder originado no Direito Romano, que surgiu como uma necessidade da vida em sociedade. Através dele, dava-se sustentáculo político e religioso a certas condutas exageradas advindas do *pater familiae*, espécie de sacerdote familiar, um verdadeiro chefe dessa célula que serve como base para a organização política e social do Estado, de modo que assegurar a sua autoridade significava consolidar a disciplina e a vida nos lares e na sociedade (RODRIGUES, 2015).

O pátrio poder, como o próprio nome deixa claro, advém do homem (pai da família), que tinha plena autoridade sobre seus filhos e mulher. O exercício desse poder transcendia a esfera particular e atingia a pública, pois, por se tratar de um instituto de caráter protetivo, era de total interesse do Estado assegurar a sua aplicabilidade, a fim de preservar as futuras gerações, tendo em vista que o pátrio poder era encarado como um múnus público que era imposto aos pais para proteger a sua prole (RODRIGUES, 2015).

Nesse cenário, os filhos eram vistos como objetos pertencentes aos pais. Nesse sentido, a guarda, proteção e gestão das suas vidas cabiam ao *pater familiae*, que podia vendê-los, igualando-os a objetos. Mas, a Lei das doze tábuas⁷ previa que o filho podia ganhar a liberdade caso tivesse sido vendido três vezes pelo seu pai (CARVALHO, 1995).

Esse poder advindo exclusivamente do pai da família, originado no Direito Romano, perdurou por longos anos, e esse modelo de família patriarcal foi difundido pelo mundo. Inclusive, foi recepcionado pelo Brasil, influenciando as suas principais legislações, a exemplo do Código Civil de 1916, que reconhecia como família apenas os relacionamentos entre um homem e uma mulher advindos do matrimônio, que constituía um agrupamento essencialmente patriarcal e hierarquizado, visto que o homem era considerado o chefe e os demais membros estariam submetidos a ele.

⁷ Essa lei constituía uma antiga legislação que está na origem do direito romano. Formava o cerne da constituição da República Romana e do mos maiorum (antigas leis não escritas e regras de conduta). (BRASIL, 2012).

Nesse cenário, excluía-se a proteção jurídica de qualquer outra formação familiar, inclusive, não se reconheciam os filhos que não fossem gerados no casamento, uma vez que eram denominados de ilegítimos.

Entretanto, desde meados do século XX, o legislador brasileiro foi, de forma gradual, rompendo algumas barreiras e posicionamentos conservadores, passando a atribuir alguns direitos aos frutos de relações extraconjugais e reconhecendo a mulher como um ser capaz. Essa transição não foi imediata, mas um processo lento (VENOSA, 2016). Uma das primeiras leis a alterar esse cenário foi o Estatuto da Mulher Casada (Lei nº. 4.121/62), ainda de modo tímido, pois, apesar de se destacar por ter alterado a redação do art. 380 do Código Civil de 1916, ao atribuir à esposa a função de colaboradora do marido quanto ao exercício desse poder, em caso de divergência entre os genitores, prevalecia o posicionamento do pai, cabendo à mãe o direito de recorrer ao Poder Judiciário para resolver tal divergência.

Nesse contexto de transição de postura legislativa, a Constituição de 1988 se destaca como o ápice dessas mudanças, visto que afastou a hegemonia masculina na sociedade conjugal e deixou de fazer qualquer tipo de distinção de direitos aos filhos advindos de origens diversas de filiação, ao assegurar a igualdade de todos diante da lei (VENOSA, 2016). Desse modo, as normas que regulamentavam os regimes de bens do casamento foram reformuladas, uma vez que já era possível a realização do divórcio, com a Lei nº. 6.515, de 1977. Consequentemente, passaram a ser reconhecidas e protegidas novas formações familiares, conforme depreende-se do texto do art. 226 da Carta Magna, o qual se pauta nos princípios da dignidade da pessoa humana e no da igualdade entre as famílias, que acabou por transformar o Código Civil de 1916 em um tipo residual de legislação.

Contudo, apesar da Constituição de 1988 ter marcado oficialmente uma mudança de postura no que se refere ao exercício do pátrio poder, a sua redação se mantinha atrelada ao nome do pai da família. Só com o Código Civil de 2002, sob a influência do art. 5º, inciso I, da Lei Maior, que diz: “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações”, esse poder passou a ser denominado no capítulo cinco do aludido Código de “poder familiar”, com a finalidade de igualar os poderes atribuídos aos pais, o que colocava a mãe num papel ativo na vida do filho e da família como um todo, deixando de exercer a função de mera colaboradora (BRASIL, 1988).

Contudo, a expressão “poder familiar” ainda é criticada por Lôbo (2015), por acreditar que foi realçado mais o poder do que a própria família, apesar de, logo em

seguida, ressaltar a importância da nova nomenclatura em relação a anterior. “[...] é melhor que a resistente expressão “pátrio poder”, mantida, inexplicavelmente, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), somente derogada com o Código Civil”, observa Lôbo (2015, p. 295). Por oportuno, deve-se realçar que o exercício de tal poder também foi definido e resguardado pelo ECA, em seus artigos 21 e 22, que estabelecem a igualdade de condições entre a mãe e o pai, apesar da redação original ainda trazer a denominação “pátrio poder”.

Outro ponto que merece realce é o fato de que, mesmo quando foi reconhecido o exercício do então “pátrio poder” pela mulher, na ocasião em que o Código Civil de 1916 foi alterado pelo Estatuto da Mulher Casada (Lei nº. 4.121/62), era garantido o desempenho dessa função durante o casamento e apenas como colaboradora, mas, no artigo 1.631 do Código Civil de 2002, já se fala que compete o poder familiar aos pais durante o casamento e a união estável, e que, na falta ou no impedimento de qualquer um deles, caberá ao outro exercê-lo com exclusividade.

É possível visualizar essa situação nos casos em que ocorre a suspensão ou a destituição do poder familiar de um dos genitores, nas hipóteses previstas nos artigos 1.637 e 1.638 da legislação civil vigente⁸, que tratam de hipóteses excepcionais e muito graves, bem como pelo falecimento de um dos genitores ou o não reconhecimento do filho por um dos pais, ocasiões ensejadoras da formação de famílias monoparentais (formadas por um dos genitores e a sua prole).

Deve-se realçar ainda que só se sujeitam ao poder familiar os menores de 18 anos, em conformidade com o artigo 1.630 do Código Civil, e que este poder se extinguirá, nos termos do artigo 1.635 do mesmo diploma legal, no caso de falecimento dos pais ou da prole, pela emancipação ou maioridade do filho, pela ocorrência da adoção, quando o poder é transferido dos pais biológicos para os pais adotivos, além das situações de destituição através de decisão judicial previstas no

⁸ Art. 1.637. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha.

Parágrafo único. Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão.

Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

I - castigar imoderadamente o filho;

II - deixar o filho em abandono;

III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;

IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.

V - entregar de forma irregular o filho a terceiros para fins de adoção (BRASIL, 2002).

já mencionado artigo 1.638, que devem ocorrer sempre respeitando os princípios processuais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Nesse contexto, diante da evolução da legislação pátria, que passou a reconhecer e a resguardar os direitos de uma pluralidade de formações familiares, Diniz (2014) destaca que do poder familiar decorrem obrigações personalíssimas, que têm origem na paternidade natural ou biológica e na filiação legal ou socioafetiva, não sendo possível renunciá-lo, transferi-lo ou aliená-lo, além de não correr prescrição contra ele. Entende-se que seria um tipo de atribuição referente a “um direito-função e um poder-dever”, estabelecida de modo irrenunciável pelo Estado aos pais, na qual os maiores beneficiados devem ser os filhos (DINIZ, 2014).

Destaca-se que essas obrigações decorrentes do poder familiar foram elencadas pelos incisos do art. 1.634 do Código Civil, os quais definem que se trata de direitos-deveres de ambos os pais em relação aos filhos: dirigir-lhes a criação e a educação; exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584; conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior; conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município; nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar; representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

Nos casos de rompimento do vínculo matrimonial ou da união estável dos pais, ou quando o filho é fruto de um relacionamento eventual e os genitores sequer chegaram a constituir qualquer tipo de relacionamento, não há qualquer alteração no exercício do poder familiar, que continua a ser exercido simultaneamente por ambos os pais, que também ganhou respaldo legal nos artigos 1.579 e 1.632 da legislação civil de 2002. Mesmo na hipótese dos pais constituírem um novo relacionamento, seja por união estável ou casamento, a relação se mantém inalterada entre eles e seus filhos, não podendo o novo cônjuge (entenda-se por madrasta ou padrasto) interferir no desempenho de tal autoridade parental, situação já resguardada pelo legislador do Código de 2002, no artigo 1.636.

Como visto, o próprio Código Civil assegura que o poder familiar se mantém para ambos os genitores, independente da existência ou inexistência de relacionamento amoroso entre eles. Mas, e a guarda, um dos desdobramentos do exercício desse poder, passa por alguma modificação nessas situações? Antes de responder a esse questionamento, cumpre destacar o que se entende por guarda e realçar que no ordenamento jurídico brasileiro há dois tipos de previsões sobre ela.

Desse modo, enquanto o ECA a enquadra como modalidade de colocação em família substituta, juntamente com a tutela e a adoção, sendo atribuída a terceiro que não seja os pais, no Código Civil, a guarda é definida como uma das atribuições do poder familiar. O foco do presente estudo será esta última acepção.

Nesse cenário, deve-se realçar o que se compreende por guarda. Para isso, apresenta-se a origem e o significado da palavra, a qual é derivada da expressão alemã *warten* (guarda, espera), de que também se originou o inglês *warden* (guarda), que serviu de inspiração para formação do vocábulo francês *garde*, com a substituição do w pelo g. Assim, de modo genérico, a palavra guarda é utilizada para exprimir proteção, observação, vigilância ou administração (SILVA, 2014).

Com relação à guarda que integra o poder familiar, objeto de estudo desta pesquisa, Lôbo (2008) destaca que ela “consiste na atribuição a um dos pais separados ou a ambos dos encargos de cuidado, proteção, zelo e custódia do filho”.

Conforme já discutido, não restam dúvidas de que o poder familiar permanece inalterado independentemente do estado civil dos pais, e chegou-se a questionar se essa mesma regra também se aplica à guarda, visto que ela é uma das atribuições desse poder. Nesse sentido, Lôbo (2008) esclarece que os filhos menores de 18 anos não podem ser separados dos seus pais quando estes rompem os seus relacionamentos, através do divórcio ou da dissolução da união estável, ou mesmo em situações em que os filhos foram originados de relacionamentos eventuais. “[...] a cessação da convivência entre os pais não faz cessar a convivência familiar entre os filhos e seus pais, ainda que estes passem a viver em residências distintas”, acrescenta Lôbo (2008, p. 23). Essa afirmação é pautada no princípio do melhor interesse da criança, que colocou esse ser mais frágil no centro das atenções nas ações que visam regulamentar a sua guarda, afastando o interesse dos pais.

Como a criança passou a ser vista como sujeito de direito, que, em razão da sua vulnerabilidade, ganhou proteção especial no texto constitucional e no ECA, por força do princípio da prioridade absoluta e da dignidade da pessoa humana, deve

ser assegurado o seu direito à convivência familiar (LÔBO, 2015), pois se entende que é no seio de sua família que será possível um desenvolvimento pleno e sadio.

Quando os pais não vivem sob o mesmo teto e não conseguem entrar em acordo sobre a guarda do filho, há um entendimento atual, advindo de modificações ocorridas com a Lei da Guarda Compartilhada (Lei nº 11.698/2008), complementada pela Lei nº 13.058/2014, de que o juiz deve resguardar a convivência com ambos. Trata-se de um direito da criança “ter o contato e a possibilidade de usufruir as duas linhagens de origem, cultura, posição social, religião” (LÔBO, 2008, p. 24), não devendo ser colocada em situação que tenha que escolher entre a mãe ou o pai, pois poderá afetar o seu psicológico com um forte sentimento de culpa, além da carga emocional a ser suportada pelos pais. Ao invés disso, deve ser assegurado ao infante o direito de ser ouvido, em respeito ao princípio do melhor interesse, mas sem ser colocado diante de uma difícil e traumática decisão (LÔBO, 2008).

Numa ação de divórcio, embora o recomendado seja levar em consideração o que for acordado entre os pais, deve-se ter em mente que estes estão passando por um momento conturbado, marcado por forte fragilidade psicológica e emocional, que se reflete nos filhos, que podem ser utilizados como instrumentos de vingança em razão das mágoas acumuladas durante o período de relacionamento. Apesar de ser priorizada a realização de um acordo entre os pais, esse ajuste depende de homologação judicial, após parecer do Ministério Público, que observará se o ajustado pelos genitores atende ao melhor interesse da criança. Caso não atenda, o juiz pode não chancelar tal termo e indicar a fixação da guarda compartilhada (DÍAS, 2015), a qual será analisada de forma mais detalhada a seguir.

Apesar de, nos dias atuais, ser priorizada a convivência com ambos os genitores, o Código Civil de 2002, em seu artigo 1.583, prevê duas modalidades de guarda: a unilateral, também denominada de exclusiva no âmbito doutrinário, exercida por apenas um dos genitores ou por alguém em sua substituição, e a compartilhada, que é aquela marcada pelo desempenho conjunto pelo pai e pela mãe dos direitos e deveres inerentes aos filhos comuns.

A guarda unilateral ou exclusiva era a regra no ordenamento jurídico brasileiro até a entrada em vigor da Lei da Guarda Compartilhada, ou Lei nº 13.058/2014, e costumava ser fixada quando não havia acordo entre os pais. Promulgado por Marechal Deodoro da Fonseca, o Decreto nº 181/1890 foi a legislação precursora no que se refere à fixação da guarda dos filhos. Com forte influência patriarcal, previa

que, no caso de separação dos pais, os filhos deveriam ficar sob responsabilidade do cônjuge que não deu causa ao rompimento, atribuindo ao culpado um percentual de responsabilidade sobre a educação da prole (LAZZARINI, 2009). Logo, desde a sua primeira previsão normativa, a guarda legal adotada no Brasil era a unilateral.

Ainda influenciado pelas primeiras legislações sobre o tema, o Código Civil de 1916 dispunha, no artigo 325, que, no desquite consensual, os pais poderiam dispor sobre quem seria o responsável pela guarda do filho incapaz, e, em seu artigo 326, previa que os filhos menores ficariam com o cônjuge inocente, em caso de desquite judicial. Ou seja, a guarda dos filhos ainda estava atrelada à culpa, haja vista que quem tivesse dado causa ao fim do relacionamento seria “punido” com a perda da guarda do filho para o cônjuge inocente, que por tal motivo era considerado uma pessoa idônea para criar e educar a sua prole (CHAGAS, 2013).

O artigo 327 do Código de 1916 adotava um critério sexista e previa que, na situação em que ambos os cônjuges tivessem dado causa ao fim do casamento, as filhas, enquanto menores de idade, deveriam ficar com as mães, assim como os filhos, até os seis anos de idade. Essa regra também se aplicaria em caso de anulação do casamento. A referida legislação ainda previa que a mulher, mesmo que contraísse novo matrimônio, não perderia o direito de ter os seus filhos sob a sua guarda. Mas, o juiz poderia dispor diferentemente do disposto em lei em caso de ocorrência de motivo grave, a fim de assegurar o bem dos filhos (LAZZARINI, 2009). Assim, observa-se que a legislação vigente até o Código de 1916 assegura privilégios à mulher nas hipóteses de disputas pela guarda dos filhos, o que afronta à isonomia constitucional almejada pelo sistema legal de guarda adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro atual, que é a guarda compartilhada (GRISARD FILHO, 2010).

O Código Civil de 2002 afastou a culpa como critério para fixação da guarda, e, em seu artigo 1.584, dispôs que: “Decretada a separação judicial ou o divórcio, sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos filhos, será ela atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la” (BRASIL, 2002). Cumpre destacar que melhores condições não significa possuir um maior patrimônio ou renda, mas ter um vínculo afetivo com o filho, de forma a integrá-lo à família, proporcionando-lhe saúde, segurança e educação (CHAGAS, 2013).

Com isso, o interesse dos infantes, apesar da forte carga subjetiva que traz, a qual deveria ser verificada caso a caso, tornava-se o princípio básico a ser analisado

quando da fixação da guarda. Todavia, existem outros princípios supletivos que auxiliavam na atribuição da guarda, como a idade e o sexo da criança, que, apesar de terem sido revogados pelo Código de 2002, terminavam influenciando na decisão do magistrado, que tendia a conceder à mãe o direito de ficar com os filhos de tenra idade, pelo vínculo natural existente entre eles, ou, em determinada fase da vida, fixava-se a guarda em favor do genitor do mesmo sexo do filho por entender que essa presença se fazia necessária. Outro princípio existente, em caso de irmandade, era a manutenção da união dos irmãos, evitando a sua separação. Um critério também levado em consideração era a opinião do infante, que não devia ser colocado na difícil posição de escolha entre os pais, mas que deveria ser ouvido, cumprindo, por fim, aos magistrados titulares das varas de família a realização de uma averiguação do comportamento e condição dos pais, através da sua conduta moral, verificada por meio do ambiente social que frequentam, da sua idoneidade e da sua retidão de caráter, extremamente relevantes para o processo de formação que passam as crianças e adolescentes (GRISARD FILHO, 2010).

Ao atribuir a guarda do filho a apenas um dos pais, cabendo ao outro o direito de fiscalização e de convivência, efetivado através de visitas periódicas, percebe-se que essa modalidade acirra o litígio entre os genitores, pois um deles tem o convívio diário com o filho cerceado. Ao iniciar uma trajetória como simples visitante semanal ou quinzenal, pode-se transformar em um verdadeiro estranho. Nesse cenário, a disputa pelo filho passa a ser sedimentada em argumentos egoísticos, deixando de lado o bem-estar do infante envolvido, para ter como principal objetivo causar danos psicológicos no ex-cônjuge, situação que transforma a criança numa peça de jogo de poder, vítima da imaturidade de adultos mal resolvidos emocionalmente (ROSA, 2015). Nesse sentido, Lôbo (2003, p. 262) realça que “A finitude do relacionamento do casal não deve seccionar a infinitude permanente da vida entre pais e filhos”.

A guerra processual travada para obtenção da “posse” exclusiva do filho não é o único problema advindo dessa espécie de guarda, visto que, com a sua fixação, caberá ao genitor guardião tomar todas as decisões cotidianas da vida do filho, como as relacionadas à escola, a realização de atividades extracurriculares, as idas ao médico, entre outras, cabendo ao não guardião apenas o direito de ser informado sobre elas, o que o torna um mero coadjuvante na relação pai e filho (ROSA, 2015).

Diante do exposto, constata-se que, com a atribuição da guarda unilateral para um dos genitores, é comum que seja gerado um clima de tensão entre os

envolvidos, que pode desencadear a alienação parental⁹, normalmente praticada pelo genitor guardião para afastar o filho do não guardião. Como na maioria dos casos os filhos menores costumavam ficar sob a responsabilidade da mãe, tornava-se cada vez mais comum que os homens se afastassem dos filhos para evitar conflitos com a mulher, apesar de esta solicitar a sua participação na educação da prole. Por seu lado, diante das dificuldades para manter esse sistema de visitação, muitas mães costumavam preferir que os pais não procurassem pelos filhos, pois poderiam exercer, sem qualquer interferência, as questões referentes à vida da sua criança, desempenhando o duplo papel de pai e mãe (SOUSA, 2013).

Com todos os problemas decorrentes da guarda unilateral, esta deixou de ser aplicada como guarda legal no Brasil desde a entrada em vigor da Lei nº 13.058/2014, que estabeleceu como regra no ordenamento jurídico pátrio a fixação da guarda compartilhada, que deve ser aplicada mesmo quando os pais não chegam a um consenso sobre quem ficará com o filho; devendo ser exercida em igualdade de condições por ambos os genitores, que, pela essência dessa modalidade, terão uma participação mais ativa na vida da prole, de modo que a ruptura do relacionamento existente entre os ascendentes não seja tão traumática para a criança, devendo preservado para que esse ser vulnerável possa ter o seu melhor interesse assegurado e, conseqüentemente, um desenvolvimento sadio, com a garantia da sua plena convivência familiar.

De forma equivocada, algumas pessoas acreditam que o exercício da guarda compartilhada é marcado por uma divisão de tempo e de espaço que os pais irão ficar com os filhos, mas a principal característica dessa modalidade de guarda é a coparticipação dos genitores na vida da prole, que terá um domicílio fixado, que servirá de referência para o menor de idade, para que não tenha que se dividir entre a residência da mãe e do pai. Nesse sentido, Teixeira (2009. p. 115) ressalta que “É importante, por isso, reafirmar que a guarda compartilhada não se configura em divisão equânime do tempo, mas sim, na efetivação da co-participação parental”.

Dessa maneira, a divisão equilibrada de tempo do filho com os pais seria uma consequência dessa organização da guarda conjunta. Destaca-se que a indicação

⁹ “A síndrome de alienação parental (SAP) foi definida pelo psiquiatra norte-americano Richard Gardner, na década de 80, como um distúrbio infantil que acometeria, especialmente, menores de idade envolvidos em situações de disputa de guarda entre os pais. Na visão do autor, a síndrome se desenvolve a partir de programação ou lavagem cerebral realizada por um dos genitores para que o filho rejeite o outro responsável”. (SOUSA; BRITO, 2011, *on-line*).

de uma residência fixa para a criança ou adolescente também deve observar o seu melhor interesse, podendo ser a casa da mãe, do pai ou de um terceiro, de forma a observar se ela estaria próxima ao ambiente que desenvolve suas atividades cotidianas, como colégio, vizinhos, pracinha, seus amigos, entre outros, evitando, assim, grandes mudanças na sua rotina, de modo a garantir a continuidade espacial, afetiva e social (GRISARD FILHO, 2010).

A adoção da guarda compartilhada como regra no Brasil, através da Lei nº 13.058/2014, demonstra uma preocupação em romper com o modelo unilateral, exclusivo ou uniparental, uma vez que ele estava atrelado às expectativas dos genitores e trazia consigo uma gama de problemas, como a disputa entre os pais, que ocasionava o afastamento do filho daquele não guardião, além da maior incidência de efeitos patológicos com a ocorrência da alienação parental, que transformava a criança na maior vítima de todo esse conflito. Já a guarda compartilhada, revela uma nova postura, em que os pais são envolvidos e privilegiados durante o processo de formação e educação dos filhos menores de idade, de modo que seja dada continuidade à relação existente entre genitores e prole durante a constância do casamento ou da união estável, mantendo-se os laços afetivos, obrigações recíprocas e os direitos decorrentes desse vínculo de parentesco (GRISARD FILHO, 2010), tudo isso com o fim de resguardar os princípios oriundos da doutrina da proteção integral da criança e do adolescente, quais sejam: o melhor interesse e a prioridade absoluta, que são norteadores dos direitos inerentes a essa parcela da população mais vulnerável.

Apesar do Código Civil de 2002 apenas prever expressamente duas espécies de guarda, que são a unilateral e a compartilhada, a jurisprudência, ao interpretar de forma equivocada a segunda modalidade legal tem aplicado uma terceira forma de guarda, que é denominada doutrinariamente de alternada, a qual “ocorre quando os filhos ficam sob a guarda material de um dos pais por períodos alternados. Por exemplo, o filho passaria uma semana com a mãe e outra com o pai” (ROSA, 2015, p. 59). Essa espécie de guarda reflete um sentimento egoísta dos pais, que deixam de enxergar o filho como um ser humano detentor de sentimentos e necessidades, e o trata como um verdadeiro objeto passível de posse, divisão de tempo e de espaço.

Com esse tipo de pensamento percebe-se uma total afronta ao princípio do melhor interesse, visto que a criança ou o adolescente envolvido nessa situação fica sem referência de lar, visto que se dividem entre a casa da mãe e do pai, surgindo a

expressão filhos “mochilinhas”, uma vez que o único objeto seguro que teriam seria a sua mochila. Por tais motivos, a guarda alternada costuma ser bastante criticada pelos psicólogos (ROSA, 2015, p. 59). Percebe-se que esse tipo de guarda nada mais é que uma guarda unilateral que é exercida em forma de revezamento entre os genitores, e não conjuntamente, conforme é previsto pela guarda compartilhada.

Além da guarda alternada, que, mesmo sem ter previsão expressa no ordenamento jurídico brasileiro, é aplicada pelos tribunais pátrios, existe outra modalidade de guarda que não encontra nenhum óbice na legislação brasileira, mas que é pouquíssimo utilizada em virtude dos seus aspectos práticos se apresentarem extremamente dispendiosos. Essa espécie de guarda é denominada de nidal ou por aninhamento, termo que remonta à ideia de ninho, que seria o local de residência do filho (TARTUCE, 2014), onde os pais separados e morando em casas distintas se revezariam para se manterem na companhia e cuidado dos filhos. Esse tipo de organização de guarda é comum em países europeus, mas praticamente inaplicável em território nacional, pois exige um alto poder aquisitivo dos genitores, que teriam que manter três casas, cada um a sua, além da do filho (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2015), o que foge da realidade socioeconômica brasileira.

A vantagem dessa modalidade é que a criança não precisaria alternar de residência, visto que possuiria um espaço seu como referência de lar. Por outro lado, além da dificuldade financeira para manter toda essa estrutura, outro fator que obstaculizaria essa prática seria um novo enlace dos pais e o consequente nascimento de novos filhos, pois afetaria diretamente a gestão dessa formação familiar, que pode ensejar um grande empecilho para que seja dada continuidade a essa alternância dos genitores no lar da primeira prole, que se tornaria uma potencial vítima de abandono (ROSA, 2015).

Como dito anteriormente, apesar de não ser o foco principal do presente estudo, além dos tipos de guarda advindos do poder familiar, existe a guarda atribuída à terceira pessoa, prevista pelo art. 1.584, parágrafo 5º do Código Civil e pelo art. 33 do ECA, a ser aplicada em forma de colocação do infante em família substituta, quando restar comprovado que ele estará sujeito a danos físicos ou psicológicos caso seja mantida a convivência com os pais. Nessa situação, a responsabilidade sobre ele será concedida a um guardião, que, preferencialmente, será um integrante da sua família extensa ou ampliada (avós, tios ou até irmão mais velho). Em último caso, será aplicada a guarda institucional, com a inclusão das

crianças ou adolescentes em sistema de acolhimento familiar ou institucional como uma alternativa transitória e excepcional, até que ele possa ser reinserido em seu núcleo família natural (composto por seus pais biológicos ou socioafetivos), ou colocado definitivamente em uma família substituta via adoção, tendo como consequência a destituição do poder familiar dos genitores (ROSA, 2015).

Percebe-se que o rompimento do relacionamento dos pais abre uma grande discussão sobre como ficará a situação dos filhos que dele são oriundos, e que, mesmo existindo certa variedade de tipos de guarda, há a indicação legal de que ocorra o compartilhamento das responsabilidades e da efetivação do convívio da prole com os seus ascendentes de primeiro grau, a fim de resguardar a proteção integral e o melhor interesse das crianças e adolescentes envolvidos nesse tipo de contenda familiar.

Além de ser eleita como regra pela legislação brasileira, a guarda compartilhada ainda é defendida como a melhor alternativa por grande parte da doutrina, a exemplo de Lôbo, Rosa, Grisard Filho, Dias, dentre outros. Mas, quando se está diante de pais de nacionalidades ou de residência em países distintos, como deverá ser solucionado esse imbróglio referente à guarda? Será que, em razão da distância que passará a existir entre os genitores, somente será possível fixar a guarda unilateral, concedendo ao não guardião apenas o direito de convivência através de visitas?

Para Lôbo (2015, p. 178), “Não é impedimento para a guarda compartilhada o fato de os pais residirem em cidades ou mesmo em países distintos”. O autor fundamenta seu pensamento no avanço tecnológico vivenciado na atualidade, que serve como excelente ferramenta de comunicação, visto que possibilita um contato virtual instantâneo através de chamadas de vídeo, trocas de mensagens e de imagens entre os pais separados e seus filhos, que podem ser estabelecidos de forma contínua, sem a necessidade de agendamento de dias e horários, auxiliando no estreitamento dos laços afetivos e na formação cognitiva desses indivíduos que estão em desenvolvimento, distinguindo-se do rígido e seco sistema de visitas.

Assim como no Brasil, a legislação de alguns países europeus prevê a aplicação preferencial da guarda compartilhada quando os pais não chegam a um acordo ao fim dos seus relacionamentos, a exemplo da Alemanha, França, Reino Unido, Itália, Áustria, Suécia, Finlândia, Noruega, Holanda, Dinamarca e Bélgica. Já em Portugal, apesar de prevalecer o entendimento do exercício da responsabilidade

parental de forma conjunta, ela costuma ser exercida alternadamente nas residências dos seus genitores mediante autorização judicial; sua principal finalidade é que ambos os pais possam conviver com sua prole e que tenham igualdade de condições de autoridade sobre a vida dos filhos, de modo que possam, de forma conjunta, decidir sobre situações fundamentais da vida deles (MANZELLO, 2014).

Nos Estados Unidos, assim como no Brasil, era tradição, após o rompimento do matrimônio, conceder a guarda dos filhos menores de idade às mulheres, pois, seguia-se o raciocínio machista de que competia à mãe o papel de dona de casa e guardiã da prole, e ao pai, a função de provedor. No entanto, os tribunais americanos estão adotando uma nova postura, e, assim como no nosso país e na maioria das nações europeias, também têm priorizado a fixação da guarda compartilhada nas hipóteses em que os genitores põem fim à relação existente entre eles. Essa prática recebe dos americanos a denominação de “custódia 50/50” ou “custódia meio a meio”, que tem as suas regras normalmente estipuladas através de discussões realizadas entre as partes, acompanhadas por seus advogados e mediadas pelo juiz, com o fim de estimular a convivência da criança ou do adolescente de forma igualitária com os pais. Todavia, apesar de ser encarada como um avanço pelos advogados e juízes americanos, percebe-se que, na prática, seguindo os moldes de países como Portugal, essa guarda, que, em teoria, seria compartilhada ou conjunta, mais se assemelha a uma guarda alternada, pois o que se almeja com ela é uma divisão igualitária do tempo e do espaço do filho com os seus genitores (MELO, 2014).

No presente tópico, fez-se uma breve análise da evolução do poder familiar e das modalidades de guarda oriundas dele, apresentando, panoramicamente, a sua aplicabilidade no território nacional e, de forma exemplificada, em alguns países ocidentais integrantes do mundo desenvolvido. Mas, a principal preocupação deste estudo não é se aprofundar em como os ordenamentos jurídicos desses países têm se posicionado quanto à guarda dos filhos menores de idade, mas como o Superior Tribunal de Justiça (STJ) brasileiro tem se portado diante de casos de disputas de guarda que envolvam famílias globais, compostas por integrantes residentes em diferentes países. Para isso, será analisada, a seguir, a condição do Brasil como signatário da Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças (Convenção de Haia), de 1980, bem como sua aplicabilidade em casos de sequestros internacionais cujo destino seja o território nacional.

2.2 Sequestro internacional e aplicação da Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças (Convenção de Haia), de 1980

Com a evolução da globalização, os povos se espalharam pelo mundo, fixando residência em outros países, casando com pessoas de nacionalidades diversas e gerando ou adotando filhos como frutos dessas relações. Contudo, como consequência, essas famílias globalizadas começaram a se deparar com inúmeros problemas decorrentes do envolvimento de diferentes ordenamentos jurídicos, passando os tratados e convenções internacionais a ganharem elevada importância para solucionar eventuais imbrólios advindos de famílias multiculturais.

Um dos maiores problemas advindos dessas famílias globalizadas é a disputa da guarda dos filhos, que ocorre, normalmente, com o fim de relacionamentos que envolvem indivíduos de nacionalidades diferentes, ou que residem em países que não é o seu de origem.

A Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (LINDB) prevê, em seu art. 7º, que as leis a serem aplicadas para solucionar questões inerentes ao Direito de Família serão as do país em que a pessoa está domiciliada. Ou seja, ainda que sejam estrangeiros, os pais que residirem no Brasil, em caso de divórcio e disputa de guarda dos filhos, se sujeitarão à legislação brasileira sobre a temática. O mesmo se aplica aos brasileiros que fixam domicílio em outros países, que passarão a se sujeitar ao disposto pela legislação do local em que estão residindo.

Porém, a problemática analisada no presente estudo é um pouco mais complexa do que a situação regulamentada pela LINDB, pois, não se trata de uma simples disputa de guarda de filhos menores de idade, cujos pais, apesar de possuírem nacionalidades distintas, são residentes e domiciliados no território brasileiro. Os casos objetos desta pesquisa refletem uma prática que está se tornando cada vez mais comum no Brasil e no mundo, que é o sequestro internacional de crianças, que é uma consequência dessa formação familiar multicultural, composta por membros de diferentes nacionalidades que passam a residir fora do seu país de origem, que, com a ruptura dos seus relacionamentos, não conseguem autorização do seu ex-consorte ou da justiça do local que residia habitualmente para retornarem com a sua prole para a sua nação natal, e terminam

realizando uma transferência ilegal de crianças ou adolescentes frutos dessas relações globais, caracterizando esse ilícito internacional (MAZZUOLI, 2017).

Destaca-se que a nomenclatura adotada para designar essa prática no Brasil é alvo de críticas, visto que, ao utilizar a palavra “sequestro”¹⁰, passa-se a impressão de um crime bárbaro, e coloca os seus autores, que costumam ser os próprios genitores ou seus familiares, na condição de sequestradores, quando as suas atitudes refletem uma subtração ilegal fundada no desejo de ter sua prole sob sua guarda, levando-a, normalmente, para a sua terra natal (MAZZUOLI, 2017).

Na seara penal brasileira, o sequestro é tipificado como crime pelo art. 148 do Código Penal, e se caracteriza, como se extrai do próprio significado da palavra, pela privação da liberdade da vítima, “podendo se consumir a infração penal desde que esta, por exemplo, se veja impedida de sair do local onde se encontra. Assim, aquele que tranca a vítima dentro de sua própria casa, impedindo-a de sair, pratica o crime de sequestro” (GRECO, 2016). Com o exposto, percebe-se que a conduta denominada de sequestro internacional de crianças pelo ordenamento jurídico brasileiro, em nada se assemelha com o tipo penal previsto no art. 148 do Código Penal.

Desse modo, embora utilize o termo sequestro para designar a transferência de infantes sem o consentimento de um dos genitores ou de uma autorização advinda do Poder Judiciário do local em que residia habitualmente, essa terminologia não tem qualquer conotação penal no Brasil, visto que essa conduta não é tipificada como crime no ordenamento jurídico pátrio, diferentemente de outros países, a exemplo dos Estados Unidos, onde tal prática é reputada como conduta criminosa. Destaca-se que a denominação sequestro, empregada no Brasil, ganhou designações diferentes em outros países. De acordo com Miguel Filho (2011, p. 47), “o português lusitano optou pelo termo ‘rapto’. A versão em língua inglesa da Convenção utiliza a expressão ‘child abduction’; a francesa, ‘enlèvement d’enfants’ e a espanhola, ‘sustracción de menores’”.

Cumprе ressaltar que, em alguns casos, o sequestro internacional de crianças ocorre como uma fuga contra a violência doméstica, que tem como maior vítima as mulheres e sua prole. Violentadas pelo parceiro no país onde fixavam residência, elas buscam ultrapassar as fronteiras nacionais para encontrar abrigo e proteção.

¹⁰ “Clausura ou detenção ilegal de alguém, privando-o da sua liberdade contra a sua vontade”. (HOLANDA, 2016, *on-line*).

Com base em uma pesquisa desenvolvida pela Universidade de Seattle, nos EUA, Shetty e Edleson (2005, p. 120) apontam o seguinte:

Aproximadamente um terço de todos os casos publicados e não publicados referentes à Convenção (Convenção de Haia de 1980), identificados com base em dados legais online, incluem uma referência a algum tipo de violência familiar, e 70% destes incluem detalhes de violência doméstica adulta (traduzida pela autora).

Ao imaginar esse tipo de situação, constata-se que, em muitas hipóteses, o denominado “sequestrador”, é, em realidade, uma das maiores vítimas desse “sequestro internacional de crianças”. Entretanto, apesar da existência de fortes críticas no que se refere à inadequação da terminologia “sequestro internacional de crianças”, adotada pelo Brasil para designar a subtração de infantes pelos seus próprios genitores ou familiares, o presente trabalho a utiliza ao longo do seu texto, tendo em vista que se trata de expressão oficial presente nas legislações vigentes e, conseqüentemente, na doutrina brasileira majoritária.

Durante longo período, o Brasil não se preocupou em regulamentar, dentro do seu ordenamento jurídico, a prática do sequestro internacional de crianças, tendo em vista que se tratava de situações esporádicas. Em razão disso, quando ocorria a transferência ilegal de um infante de sua moradia habitual para outro país, conduzida por um dos genitores, a alternativa que restava ao pai ou à mãe vítima do ato era propor uma ação perante a justiça da nação para onde criança foi levada, sem receber qualquer apoio das autoridades brasileiras. Quando ocorria o caminho inverso, e o destino do menor de idade era o Brasil, exigia-se que a decisão estrangeira que determinasse o seu retorno fosse homologada pelo Supremo Tribunal Federal (STF), que dificilmente concedia, em virtude da facilidade da aquisição da guarda provisória (MÉRIDA, 2011).

Todavia, com o aumento do número de famílias multiculturais, reflexo da realidade de um mundo globalizado, deparou-se com a necessidade de se estabelecer uma cooperação internacional, para que os países pudessem atuar de forma conjunta, com o fim de facilitar a resolução de controvérsias no âmbito internacional, através de ajustes normativos, que se tornarão possíveis com a unificação de princípios, normas, procedimentos e processos administrativos e jurisdicionais, e com a conseqüente harmonização dos seus ordenamentos jurídicos. Com essa necessária cooperação jurídica entre as nações surgem as normas de Direito Internacional Privado, fundamentais para nortear o processo de interpretação

e aplicação de legislações nacionais ou estrangeiras em situações que relacionem nacionalidades distintas, seja pelo envolvimento de “pessoas, imóveis, contratos, mercadorias, que se relacionam ao direito de família, dos contratos, das responsabilidades das sucessões e até mesmo ao acesso à justiça em níveis nacional e internacional” (RIBEIRO, 2017, p. 83).

O surgimento e a adesão a um Direito Internacional Privado (DIP) foram, ao longo dos anos, tornando-se algo cada vez mais necessário. Nesse cenário, Dolinger (1997, p. 37) destaca que o DIP, com a finalidade de solucionar as relações jurídicas no âmbito internacional, tem se utilizado de dois métodos, a saber: o uniformizador, que busca a resolução através da uniformização dos ordenamentos jurídicos dos países com a criação de tratados e convenções internacionais; e o conflitual, que é aplicado com a impossibilidade do primeiro, e visa coordenar e harmonizar as fontes internas existentes nas diferentes nacionalidades, a exemplo do “Código Civil francês, a Lei de Introdução ao Código Civil alemão, as Disposições Sobre as Leis em Geral da Itália, a Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro”.

Observa-se que a criação de normas internas de Direito Privado pode refletir no surgimento de um conflito de primeiro grau (Direito Civil de um Estado x Direito Civil do outro), que ocasionará um conflito de segundo grau, decorrente da colisão entre regras de solução de conflitos (DIP de um Estado x DIP de outro Estado), o que termina por refletir o caráter interno do Direito Internacional Privado, que costuma encontrar sua origem na legislação elaborada na realidade de cada nação. Contudo, “para evitar conflitos entre as regras do D.I.P. de dois ou mais sistemas - conflitos de 2º grau - criam-se convenções internacionais que estabelecem regras de conexão aceitas pelos países signatários” Dolinger (1997, p. 39). Assim, é possível visualizar a concretização de um Direito Internacional Privado Uniformizado. Nesse cenário, nota-se que o método prioritariamente aplicado para resolver as relações internacionais é o uniformizador, utilizando-se do conflitual como última medida.

Diante da preponderância do uso de uma metodologia uniformizadora para assegurar uma maior efetividade do Direito Internacional Privado, constata-se que a cooperação entre os Estados se torna cada vez mais necessária e indispensável, visto que as nações, vistas de modo isolado, não possuem recursos suficientes para sanar, dentro do seu território, todos os desejos e dificuldades dos seus cidadãos. De outro modo, a cooperação é fundamental não só para a prevenção ou a solução de conflitos, mas para que situações de origem política e econômica possam ser

ajustadas, como nos casos de tráfico de bens, pessoas e direitos. Com isso, é encarado como uma utopia a tentativa de isolamento de um país da comunidade internacional, haja vista que a integração entre as nações é fundamental para que todos possam ter suas carências e necessidades supridas (MIGUEL FILHO, 2011).

Num contexto que traduz, de forma cada vez mais latente, a formação de famílias multiculturais decorrentes de um processo migratório de fins econômico, demográfico e político, que é marcado por uma verdadeira travessia de fronteiras em massa, exigem-se soluções advindas de negociações internacionais. Ante a inexistência de um direito de família unificado, a alternativa encontrada foi a utilização de forma institucionalizada de mecanismos de cooperação internacional para a resolução da problemática do sequestro internacional de crianças. Nesse cenário, atendendo às necessidades da comunidade internacional, foi assinado, em 1980, um tratado universal e multilateral, que recebeu a denominação de Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, e entrou em vigor no curto espaço de tempo de três anos, em 1983. Essa legislação teve grande repercussão e a adesão de muitos países, constatado pelo expressivo número de ratificações, as quais totalizam 112 (BRASIL, 2018). A popularidade dessa convenção é atribuída ao fato de ela expressar uma grande evolução no que atine à proteção dos direitos das crianças no âmbito internacional, apesar de também ser alvo de críticas por conter dispositivos interpretados como frios e desumanos (FERNANDES, 2013).

Nessa quadra, cumpre destacar que a Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, mais conhecida como Convenção de Haia, de 1980, foi incorporada no ordenamento jurídico brasileiro somente no ano 2000, por meio do Decreto nº 3.413, de 14 de abril de 2000, que passou a regulamentar os casos de subtração ou sequestro de crianças e adolescentes. Em verdade, como já exposto, trata-se de situações em que infantes são retirados dos países em que residem sem a autorização de um dos seus genitores ou judicial, ou com autorização apenas para a realização de viagem de férias, com a permanência estendida por um período indeterminado, com o fim de fixar residência no país que teve como destino, fazendo surgir, consequentemente, uma disputa de guarda na seara internacional.

Ao destacar a recepção da Convenção de Haia pelo Brasil com o Decreto nº 3.413/2000, faz-se um adendo acerca do entendimento doutrinário, legal e jurisprudencial sobre a hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos no

ordenamento jurídico brasileiro, dentre os quais se enquadra a Convenção em comento. Entre as décadas de 1940 e 1950, era comum sustentar, inclusive pelo STF (GOMES; MAZZUOLI, 2010), a natureza supraconstitucional dos tratados internacionais recepcionados pelo Brasil, o que significava que eles geravam uma restrição na soberania nacional e que, em razão da sua natureza especial, enquadravam-se num patamar superior ao direito interno, sobrepondo-se até às normas constitucionais, posição que tem como um dos maiores defensores Celso de Albuquerque Mello (2004), mas que decaiu por contrariar um dos princípios basilares do ordenamento jurídico nacional, que é a supremacia constitucional, e, com isso, inviabilizar o controle da constitucionalidade dessas legislações internacionais.

A partir da década de 1970, foi firmado entendimento pelo STF no sentido de valorar como direito ordinário todos os tratados internacionais, inclusive os que tratavam de direitos humanos, o que se extrai do julgamento ocorrido em 1º de junho de 1977, do Recurso Extraordinário 80.004-SE, de relatoria do Ministro Cunha Peixoto. Nesse período, ganhava notoriedade e adesão à corrente que colocava em condição de igualdade tratados internacionais e leis ordinárias, o que se estendeu mesmo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, a exemplo do HC 72.131-RJ e ADI 1.480-3-DF, ambos julgados pelo STF (GOMES, 2009).

Com a inclusão do parágrafo 3º ao artigo 5º da Constituição Federal pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004, firmou-se o entendimento de que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos recepcionados pelo Brasil que forem aprovados, em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, receberiam o mesmo *status* das emendas constitucionais, com aplicação imediata. Ou seja, para entrar em vigor, passaria a não ser mais exigida a edição de Decretos. Ressalta-se que Antônio Augusto Cançado Trindade já defendia a valoração constitucional dos tratados de direitos humanos antes mesmo da entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 45/04, fundamentando-se no texto do parágrafo 2º do artigo 5º da Carta Magna, destacando-se como um dos maiores defensores desse *status* constitucional, adquirido pelas legislações internacionais de cunho humanitário (TRINDADE, 2003).

No que se refere aos tratados internacionais relacionados a outras temáticas que não seja sobre direitos humanos, a eles se atribui o mesmo patamar de lei ordinária, com exceção aos de direito tributário, que, em razão da previsão do art. 98 do Código Tributário Nacional, enquadram-se na condição de supralegalidade, o que

significa que são superiores às leis ordinárias e inferiores às normas constitucionais (GOMES, 2009).

Outro ponto que merece realce é a situação dos tratados e convenções recepcionados pelo Brasil antes da EC nº 45/04 que não tenham sido aprovados pelo quórum de três quintos por duas vezes no Senado e na Câmara dos Deputados. Essas legislações internacionais, por força da decisão proferida em 3 de dezembro de 2008 pelo STF, no Recurso Extraordinário 466.343-SP e no *Habeas Corpus* 87.585-TO, receberão valor supralegal (GOMES, 2009). Desse modo, a Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças (1980), por ter sido ratificada pelo Brasil no ano 2000 e por ter, em sua essência, a defesa dos direitos de crianças e adolescentes recebe o *status* de supralegalidade.

Nesse contexto, observa-se que, com a incorporação do parágrafo 3º ao artigo 5º da Constituição, passou a haver uma hierarquização dos Direitos Humanos no Brasil, o que contraria a sua própria essência. Para Piovesan (2012), o referido dispositivo constitucional fez surgir duas modalidades de tratados sobre Direitos Humanos: os materialmente e formalmente constitucionais e os que são apenas materialmente constitucionais. Esse entendimento parte do pressuposto de que todos os tratados de proteção de direitos humanos tratam de matéria constitucional, mas que, nem todos, podem ser equiparados a emendas constitucionais por não preencherem as formalidades trazidas com a EC nº 45, de 2004.

Ao adotar a tese da supralegalidade, o STF firma o entendimento de que todos os tratados internacionais, salvo os aprovados de acordo com as formalidades do artigo 5º, parágrafo 3º, da Constituição Federal, estarão sujeitos ao controle de constitucionalidade, submetendo-se à Carta Magna (SARLET, 2015), conforme previsão do artigo 102, inciso III, b, da Constituição de 1988.

No que se referem aos tratados internacionais de Direitos Humanos que foram recepcionados depois da EC nº 45/2004, e cumpriram todas as exigências nela previstas, são equiparados às normas constitucionais, integrando um bloco constitucional, e passam a servir de parâmetro para a realização de controle de constitucionalidade das demais leis ordinárias, bem como para um controle de convencionalidade, assumindo a condição de paradigma para a elaboração da legislação interna. Apesar do STF ter fixado o entendimento de que os demais tratados sobre Direitos Humanos, aprovados por maioria simples pelo congresso Nacional e anteriores à emenda de 2004, não possuem *status* de norma

constitucional, mas supralegal, eles estão num patamar superior às leis ordinárias e também são utilizados como referência para o controle de convencionalidade. Logo, a norma interna infraconstitucional deve se sujeitar aos tratados internacionais. Se a lei for anterior ao tratado e for contrária ao que nele está disposto, ela se tornará inválida; e, se for posterior, não poderá entrar em vigor (SARLET, 2015).

O referido controle de convencionalidade corresponde a uma criação da jurisprudência, o qual, segundo Sagués (2011), fundamenta-se em três argumentos, a saber: 1) o princípio da boa-fé para cumprimento, pelos Estados, das obrigações internacionais que aderiram; 2) o princípio do efeito útil dos acordos, que não podem ter a sua eficácia comprometida em razão das práticas ou dispositivos normativos dos países signatários; e 3) o princípio internacionalista, previsto no artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, a qual não permite que se utilize o direito interno para alegar o descumprimento dos tratados que ratificaram.

Ao hierarquizar tratados de proteção aos direitos humanos, ao fundamentar suas decisões na supremacia absoluta das normas constitucionais frente às internacionais, ao exigir a emissão de decreto presidencial para que um tratado seja executado internamente e ao exercer a sua tarefa de controlar a constitucionalidade dos tratados internacionais sobre direitos humanos, o STF costuma assumir uma postura conservadora, com um forte apego ao princípio da soberania nacional, e aparentando um conhecimento limitado sobre direito internacional. Cita-se como exemplo a mencionada decisão proferida em 3 de dezembro de 2008, em que a Suprema Corte brasileira negou o reconhecimento de *status* constitucional a todos os tratados de direitos humanos, independente da formalidade adotada em seu processo de aprovação. Em outra situação, a posição do STF, ao não reconhecer a aplicabilidade da Convenção Americana sobre Direitos Humanos nos órgãos de direitos humanos do país, assim como no próprio Supremo Tribunal, ao exercer sua atividade jurisdicional, teve como reflexo uma condenação do Brasil pela Corte Interamericana, em virtude de grave violação a tais direitos (CEIA, 2016).

Deve-se registrar que a análise sobre a natureza dos tratados internacionais recepcionados pelo Brasil, através dos posicionamentos adotados pela doutrina e pelo STF, bem como o controle de constitucionalidade a que eles se sujeitam para ingressar no ordenamento jurídico brasileiro, e, depois de integrado, os controles de constitucionalidade e de convencionalidade que podem tê-lo como paradigma, enseja discussões muito mais acaloradas e aprofundadas. No entanto, como elas

não correspondem ao principal objetivo dessa pesquisa, apenas foi realizada uma breve explanação para apresentar o cenário jurídico em que a Convenção de Haia (1980) foi inserida, e o *status* a ela atribuído.

Após identificar o *status* de supralegalidade exercido pela Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, cumpre apresentar o que é disposto em alguns dos seus principais dispositivos. Logo em seu artigo 1º, a referida convenção internacional determina que os países que a ratificaram devolvam imediatamente as crianças subtraídas ilegalmente da nação onde residiam habitualmente, para reestabelecer a situação vivenciada anteriormente. Considera-se ilegal a retenção que viole o direito de guarda assegurado pela lei do Estado em que se mantinha residência. É regulamentado ainda pelos artigos 5º e 21 da Convenção o direito de guarda e visita aos infantes, que podem ser efetivados por um dos genitores ou parentes com a colaboração das autoridades centrais do país em que a criança se encontra (DIAS, 2015).

Urge esclarecer ainda que o artigo 4º da Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças estabelece que a sua aplicabilidade cessa quando o infante atingir a idade de 16 anos ao tempo da determinação de retorno para o país em que residia habitualmente. É importante destacar esse marco temporal da sua aplicabilidade, pois é comum que se faça confusão com a previsão do Estatuto da Criança e do Adolescente brasileiro, que define criança como a pessoa até 12 anos incompletos e o adolescente como as pessoas entre 12 e 18 anos de incompletos, e passa-se a acreditar, erroneamente, que adolescentes entre 16 e 18 anos também seriam abrangidos pela aludida Convenção.

Com a subtração ilegal da criança por um dos pais ou um parente, alguns questionamentos surgem, em especial, no que se refere ao procedimento que deve ser adotado pelo genitor vítima dessa retenção. Desse modo, destaca-se que o artigo 6º da Convenção de Haia determina que o Estado signatário tem a obrigação de designar uma Autoridade Central Administrativa Federal (ACAF) competente para dar cumprimento e efetividade ao que foi assumido ao aderir aos seus termos.

Assim, por força do Decreto nº 3.951/2001, foi estabelecida como ACAF brasileira a Secretaria Especial de Estado dos Direitos Humanos do Ministério da Justiça, à qual é atribuída a função de receber e analisar os pressupostos formais do requerimento apresentado pela ACAF estrangeira para retorno do menor de idade subtraído. Se for caracterizada a ocorrência de sequestro internacional, a Autoridade

Central brasileira partirá para a fase de localização da criança, com a comunicação da Interpol. Caso não se obtenha sucesso com a localização ou a realização de um acordo entre os genitores ou parentes envolvidos, a Advocacia Geral da União (AGU) será informada para que ingresse com medida judicial cabível, que é a ação de busca, apreensão e repatriação do infante. Na hipótese da criança ser trazida para o Brasil por estrangeiros irregulares, pode ser determinada a deportação diretamente pela Polícia Federal, sem necessidade de ordem judicial (VARGAS, 2017).

Em conformidade com o artigo 12 da Convenção, o requerimento para a restituição imediata da criança para a nação onde ela foi subtraída deve ser realizado perante a ACAF antes do período de um ano da data em que ocorreu o deslocamento. Ainda que esse prazo seja superado, pode ser determinado o retorno do subtraído, contudo deverá ser observado se o infante já se encontra adaptado ao novo ambiente, situação que pode dar ensejo à sua permanência no país em que se encontra. Outro ponto que merece realce é a hipótese de o genitor, autor do requerimento de devolução da criança, muda-se para um país diferente ao que residia com a prole. Nesse caso, será determinada a restituição para a localidade em que passou a fixar domicílio (DOLINGER, 2003).

Ressalta-se que a Convenção de Haia tem efeito quando se trata dos países que a ela aderiram. Entretanto, a justiça brasileira tem aplicado o previsto na aludida legislação internacional mesmo quando o caso envolve aqueles não signatários da Convenção. Por exemplo, houve o reconhecimento de sequestro internacional pelo Tribunal de Justiça de São Paulo na apreciação do caso de duas crianças angolanas que vieram para o Brasil sem a autorização de um dos genitores, que desencadeou uma ação de guarda, em que os pais disputavam a companhia permanente dos filhos. Nessa situação específica, a ação foi julgada pela justiça estadual por envolver pessoas pertencentes a país não signatário da Convenção de Haia, o que não foi empecilho para que o referido tribunal determinasse o retorno das duas crianças para Angola, onde residiam habitualmente, seguindo o entendimento da legislação internacional (BARRETO, 2010).

Como já destacado, a Convenção de Haia, apesar de regulamentar uma situação em que crianças são colocadas em condições de vulnerabilidade ainda maiores das que vivenciam habitualmente, foi alvo de fortes críticas no Brasil. Tal situação se depreende da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.245,

proposta pelo Democratas (DEM), na qual foi alegado que a Convenção de Haia padecia de sistematicidade e que, com a sua finalidade de determinar o retorno imediato de crianças aos países que residiam habitualmente, terminavam por violar princípios assegurados na Constituição Federal Brasileira, como dignidade da pessoa humana, proteção integral da criança e devido processo legal. Destaca-se que a referida ADI estava sob a relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, mas, em razão da sua aposentadoria, passou para o Ministro Luís Roberto Barroso, e que, desde 25 de setembro de 2014, está conclusa para o relator, embora, em 8 de fevereiro de 2011, tenha sido apresentado um parecer por parte da Procuradoria Geral da República (PGR), que opinou pelo conhecimento e improcedência da ação (BRASIL, 2009a).

Todavia, avulta-se que “a determinação de devolução da criança ilicitamente retirada de seu país não é um princípio absoluto. Deve-se analisar o interesse maior da criança, que tem assento constitucional (CF 227)” (DIAS, 2015, p. 551-552). Nesse sentido, cumpre ressaltar que a própria Convenção de Haia prevê, nos incisos do seu artigo 13, exceções a esse retorno imediato das “vítimas” de sequestro internacional, quais sejam: quando não haja o efetivo exercício da guarda por quem estava responsável por elas no país de residência habitual e na hipótese de que a devolução as colocará em situação de risco ou, até mesmo, diante do desejo de uma criança madura (normalmente com mais de 12 anos) em permanecer na nação para a qual foi levada (DOLINGER, 2003).

Ainda é prevista outra exceção ao retorno imediato de crianças vítimas de sequestro, com redação dada pelo artigo 20 da Convenção, que diz: “O retorno da criança de acordo com as disposições contidas no Artigo 12º poderá ser recusado quando não for compatível com os princípios fundamentais do Estado requerido com relação à proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais”. Ou seja, o país para o qual o menor de idade foi encaminhado através do “sequestrador” pode recusar a sua devolução sob a alegação de que isso violaria os seus princípios fundamentais referentes à proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais. Contudo, nas reuniões realizadas para discutir e revisar a Convenção de Haia tem-se como indicação evitar a aplicação dessa exceção (DOLINGER, 2003), pois pode dar ensejo a decisões extremamente subjetivas, capazes de super valorar critérios nacionalistas, em detrimento do melhor interesse da criança, que deve ser o norte seguido no processo de interpretação dessa legislação

internacional. Por esses motivos, esse artigo não foi implementado pelo Reino Unido ao ratificar a referida convenção (STEPHENS; LOWE, 2012).

Após a explanação sobre a Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, traz-se um caso bastante emblemático que chegou à Corte Americana (*Abbott v. Abbott*), envolvendo um casal composto por duas nacionalidades (americana e britânica) que moravam juntos em mais de um país - Inglaterra, Estados Unidos e Chile -, que se separaram em março de 2003, ocasião em que o filho deles tinha quase oito anos de idade. Nesse contexto, o tribunal chileno concedeu a guarda unilateral do filho para a mãe, assegurando o direito de visita ao pai. De acordo com a lei chilena, esse tipo de decisão desencadeia uma restrição automática que proíbe a remoção da criança do Chile. Apesar disso, a mãe levou a criança ao Texas em agosto de 2005, e lá apresentou uma ação de divórcio seis meses depois. Noutra banda, o pai iniciou uma ação no Tribunal Federal no Texas em maio de 2006, buscando o retorno da criança ao Chile, com fundamento na Convenção de Haia. Embora a criança apresentasse mais de uma residência habitual, existia uma decisão judicial que não permitia que ela fosse retirada do Chile. Assim, a maior complexidade do caso girava em torno do exercício do direito de guarda do filho pelos pais. Após um processo que durou quatro anos, em maio de 2010, a Suprema Corte Americana se posicionou no sentido de determinar o retorno do infante para o país que regulamentou a sua guarda, pois entendeu que se a justiça chilena resguardou ao pai o direito de consentir para que o filho fosse retirado da nação em que viviam, deveria ser aplicada a Convenção de Haia de 1980, com a consequente devolução da criança (ESTIN, 2014).

Ao se deparar com situações muito polêmicas que envolvem várias nacionalidades e, conseqüentemente, o posicionamento de diferentes tribunais, como o caso mencionado, as decisões advindas da justiça americana, nessa seara, sugerem que valores como a velocidade, a certeza e a dissuasão durante a tramitação dos processos são importantes para a Convenção, e não como fins em si mesmos, mas em serviço do projeto global mais amplo de proteção do melhor interesse da criança (ESTIN, 2014).

Contudo, Messere (2005) entende que identificar e resguardar o superior interesse dos infantes nas demandas de subtração ou sequestro de crianças e adolescentes no âmbito internacional não é uma tarefa fácil, visto que, se, ao analisar o caso concreto, o julgador decidir pela não restituição das crianças ou

adolescentes envolvidos ao país que residiam habitualmente, pautando-se no princípio do melhor interesse, estará julgando antecipadamente o direito inerente à guarda, violando, dessa forma, as regras de competência jurisdicional previstas pela Convenção de Haia, pois o tribunal competente para apreciar tal situação seria o do local de residência habitual do menor de idade.

Desse modo, constata-se que, apesar do evidente avanço de tratados, declarações e leis que regulamentam os direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes, há uma necessidade de uma proteção mais efetiva desses direitos na seara prática, ou seja, nos processos que envolvam os interesses desses seres mais vulneráveis. No caso do presente estudo, percebe-se que essa preocupação deve existir nas ações que tratam de sequestro ou subtração de crianças, as quais acabam por ter como reflexo disputas de guarda no âmbito internacional.

2.3 Competência para apreciar casos de disputa internacional de guarda ou de sequestro internacional de crianças

Como já exposto em tópicos anteriores, quando se trata de disputa de guarda no âmbito internacional, o Brasil, como signatário da Convenção de Haia (1980) desde o ano 2000, por força do Decreto nº 3.413/2000, utiliza-a com o fim de dirimir tais conflitos, denominados de subtração ou sequestro de crianças ou adolescentes, que acontece quando se transfere infantes para outro país sem o consentimento de um dos genitores. “Para isso, prevê expressamente medidas administrativas ou judiciais, voltadas a promover a restituição de menores ilicitamente transferidos do país de residência habitual a outro país”, afirma Portela (2011, p. 669), orientando-se pela doutrina da proteção integral e pelo princípio do melhor interesse das crianças e adolescentes.

Apesar de se tratar de casos que envolvem interesses de menores de idade que possuem como reflexo uma disputa de guarda, é da competência da Justiça Federal apreciar pedidos que se fundamentam na Convenção de Haia com o fim de restituir a criança ou o adolescente ao país em que possuía residência habitual (GONÇALVES, 2014). Nesse desiderato, também será analisado, nesta segunda seção, se a competência para apreciar casos de disputa internacional de guarda ou de sequestro internacional de crianças é capaz de interferir na aplicação do melhor ou superior interesse dos infantes ao julgar os casos concretos.

Diante das peculiaridades desses casos em estudo, o STJ passou a se deparar com algumas decisões conflitantes acerca da competência para o conhecimento e o julgamento das disputas de guarda no âmbito internacional, os quais encontrariam fundamento na Convenção de Haia, visto que, em muitos casos, duas ações eram propostas: uma nas varas de família (pertencente à justiça estadual), e outra nas varas federais.

Desse modo, conforme pesquisa jurisprudencial realizada no *site* oficial do STJ, constatou-se que, entre 2007 e 2017, esse tribunal se deparou com quatro casos de conflito de competência, sendo os três primeiros datados, respectivamente, de 2009, 2011 e 2012, sendo o mais antigo o de nº 100.345/RJ, de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão; o segundo, o de nº. 118.351/PR, tendo como relatora a Ministra Nancy Andrighi; e o mais recente, o de nº. 123.094/MG, cujo relator foi o Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Nos três casos, o STJ se posicionou no sentido de fixar a competência da Justiça Federal para julgar tanto as ações de busca e apreensão de crianças, como as de guarda, por entender que ocorreria conexão entre elas, uma vez que, em uma, a União figurava como autora, e, na outra, como assistente (BRASIL, 2017).

Ao estabelecer a competência da Justiça Federal para apreciar os casos em tela, passaram a surgir algumas críticas acerca da inexperiência e da ausência do apoio técnico de uma equipe multidisciplinar nessa esfera, que seriam de grande relevância para analisar situações de elevada carga emocional, capazes de afetar diretamente o destino de uma criança. Em entrevista ao *site* do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), o advogado Paulo Lins e Silva explica que:

[...] os termos da atual Convenção de Haia determina a competência jurisdicional das Varas Federais, cujo corpo técnico é formado por juizes e desembargadores federais. Segundo ele, estas pessoas não possuem vivência para uma boa análise e consequente prestação jurisdicional, em matéria desta natureza (IBDFAM, 2015, *on-line*).

Nesse mesmo sentido, posiciona-se Daniella de Almeida e Silva (*apud* BARRETO, 2010, *on-line*) quando observa que “as varas da Família estão melhor aparelhadas para julgar esses casos”, e ainda ao destacar que “É importante que o juiz ouça o corpo técnico de psicólogos, assistentes sociais, faça a análise na casa do pai, na casa da mãe, para descobrir o que é melhor para o interesse dessa criança”.

Tendo em vista que acima de qualquer dispositivo legal deve ser resguardado com absoluta prioridade o melhor interesse das crianças e dos adolescentes envolvidos, o judiciário, além de zelar pelo célere andamento do processo, com o fim de evitar maiores danos aos infantes, deve contar com uma equipe multidisciplinar capaz de identificar e colaborar para a definição da decisão que melhor atenda à proteção dos direitos da infância e juventude.

Nesse cenário, destaca-se a existência de uma Proposta de Emenda à Constituição (PEC), tombada sob o nº 512/2010, de autoria do deputado Sérgio Barradas Carneiro, que possui a seguinte ementa: “Dá à justiça estadual competência para julgar as causas envolvendo interesse de crianças, ainda que fundadas em tratado internacional” (BRASIL, 2010). Mas, a aludida PEC encontra-se arquivada desde 31 de janeiro de 2015.

O que fundamenta a referida PEC, e é reforçado pelos seus defensores é que as varas de família da justiça estadual estariam mais preparadas para conhecer e julgar processos que envolvam diretamente interesses de infantes, ainda que baseadas em tratados internacionais, visto que possui uma equipe multidisciplinar com maior vivência e experiência para colaborar com as decisões que devem ser tomadas em um meio de elevada carga emocional e com a responsabilidade de definir o destino de uma criança ou de um adolescente.

A discussão sobre o tema aumenta quando se visualiza o número de casos de subtração ou sequestro de infantes que devem ser julgados com fundamento na Convenção de Haia. Em conformidade com os dados do Ministério das Mulheres, da Igualdade Racial e dos Direitos Humanos e do Ministério das Relações Exteriores (MRE), “o Brasil possui **376 casos** envolvendo disputa internacional pela guarda de filhos de brasileiros com estrangeiros ou de brasileiros separados que vivem no exterior” (PORTAL BRASIL, 2016, *on-line* - Grifo nosso). O elevado número de casos resultou na elaboração e divulgação, por parte do Governo Federal, em 19 de janeiro de 2016, da “**Cartilha sobre Disputa de guarda e subtração internacional de menores: orientações para os pais**”, para orientar e, por conseguinte, diminuir o número de casos que envolvam crianças e adolescentes em situações irregulares.

Destaca-se ainda que, no tocante ao cumprimento da Convenção de Haia, as comunidades internacionais têm realizado fortes críticas ao Brasil pela lentidão dos processos judiciais, baseando-se em três fatores principais:

1) **Os conflitos de jurisdição entre a Justiça Comum, dos Estados, e a Justiça Federal**; 2) Desconhecimento por parte dos juízes e dos demais operadores do Direito sobre o conteúdo da Convenção de 1980; 3) Ausência de previsão, na legislação interna, de um procedimento judicial específico para atender à celeridade prevista na Convenção. (SIFUENTES, 2011, p. 59 - Grifo nosso).

Todavia, cumpre ressaltar que, no último conflito de competência levado a julgamento perante o STJ, em 2014, que recebeu o nº 132.100/BA, não foi reconhecido o conflito entre as justiças estadual e federal, por entender que inexistia conexão entre a ação de busca e apreensão, que tramitava na 1ª Vara Federal de Salvador/BA, e a ação de guarda e regulamentação de visitas, que corria perante o Juízo de Direito da 2ª Vara de Família Sucessões Órfãos Interditos e Ausentes de Salvador/BA. Nesse caso, entendeu-se que seria hipótese de prejudicialidade externa, e recomendou-se a suspensão da ação de guarda (BRASIL, 2017).

Diante desse caso mais recente de conflito de competência, percebe-se que o próprio STJ está mudando o seu posicionamento, visto que não mais atribuiu à justiça federal a competência para apreciar ações de guarda, por entender que a atuação dela deve se limitar à aplicação da Convenção de Haia (1980) em caso de ocorrência de sequestro internacional, cabendo à justiça estadual posicionar-se no que se refere às ações de guarda, em virtude de possuir conhecimento e aparato técnico mais indicados para a análise dessas situações.

Mas, mesmo diante dessa nova postura do STJ, questiona-se se, ao julgar sequestros internacionais, a justiça federal não teria que se debruçar sobre questões de cunho emocional e subjetivo, a ponto de interferir diretamente na fixação da guarda, uma vez que será através da decisão dela que se definirá em que país a criança ou o adolescente ficará, e, conseqüentemente, qual nacionalidade da justiça irá apreciar as ações de guarda, o que pode interferir no seu resultado.

Ante o exposto, percebe-se que a referida proposta de emenda constitucional pode ser uma alternativa viável para a solução de um problema atual, decorrente da globalização, e que tem como principal destinatário um grupo de seres que se encontram em desenvolvimento e em situação de vulnerabilidade, pois, ao fixar a competência da justiça estadual (varas de família) para apreciar os casos de sequestro ou subtração de crianças e adolescentes, poderia dirimir a problemática do conflito de competência, ao passo que ela seria exercida por magistrados mais familiarizados com esta matéria de cunho humano, os quais possuem uma equipe multidisciplinar para auxiliá-los na priorização do melhor interesse dos infantes, o

que ocasionaria na adoção de um procedimento mais específico para solucionar o presente imbróglio.

Entretanto, pelo elevado volume de processos já existentes na Justiça Estadual, acredita-se que o ideal seria capacitar os servidores da Justiça Federal para atuarem nos casos de sequestro internacional de crianças, proporcionar a participação de uma equipe multidisciplinar nessas demandas e criar varas específicas regidas por procedimento próprio, o que proporcionaria uma maior familiaridade com a matéria e, conseqüentemente, mais celeridade ao trâmite processual.

3 O POSICIONAMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA DIANTE DA OCORRÊNCIA DE SEQUESTRO INTERNACIONAL

Com o desenvolvimento dos meios de comunicação e de transporte, aliado às formações familiares plurais, admitidas no ordenamento jurídico brasileiro desde a Constituição Federal de 1988 e reafirmadas pelo Código Civil de 2002, tornou-se comum a constituição de famílias globais, constituídas por pessoas de diversas nacionalidades e culturas.

Contudo, da mesma forma que se torna cada vez mais corriqueiro se deparar com essas famílias multiculturais, as demandas judiciais decorrentes delas também passam a ser algo mais constante, exigindo um posicionamento por parte do poder judiciário, que, em regra, irá se basear em tratados e convenções internacionais recepcionados pelo Brasil.

Nesse cenário, a terceira e última seções da dissertação traz como proposta um estudo sobre os reflexos dessa família globalizada na justiça nacional, especialmente quando delas advém filhos, os quais se tornam alvos de disputas após o fim do relacionamento de pessoas de países distintos, que, em muitos casos, enseja na prática de sequestro internacional e em consequentes demandas judiciais em que se discute se a criança envolvida deve ser devolvida para o local de onde foi subtraída ou permanecer no Brasil.

3.1 A importância da pesquisa empírica para a análise das decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça

Quando se estuda o Direito na seara acadêmica, tende-se a se debruçar sobre inúmeras teorias, doutrinas e interpretações de dispositivos legais que, no cotidiano dos tribunais e da prática jurídica em geral, são encontrados de formas diversas. Diante dessa dupla realidade, percebe-se que o Direito se tornou uma ciência do dever-ser, mas que deve haver o seu envolvimento com a prática, tendo em vista que ele foi criado com o fim de solucionar problemas de pessoas reais, aplicado através do exercício do poder jurisdicional pelos juízes e tribunais.

Nesse contexto, Garapon (1997) ressalta que não é a inexistência de normas, mas a construção de um direito extremamente abstrato e ideal que gera uma anomalia em sua efetivação no campo prático, visto que se torna algo inaplicável,

sendo a causa para o distanciamento do que é previsto nos livros e até mesmo nas normas para o que é vivenciado nos tribunais.

Quanto à abstração do Direito, ela se torna bastante evidente no dia a dia da prática forense, uma vez que, ao propor uma ação, o advogado ou defensor, algumas vezes, tem que contar com a sorte para que ela seja distribuída para uma jurisdição em que o juiz tenha um pensamento favorável à sua tese e, assim, possa obter êxito, pois, caso seja destinada a outro magistrado com convicções diferentes, seus argumentos não serão acolhidos.

No que se refere à pesquisa empírica, esta era, até a década de 1970, pouco explorada no ambiente acadêmico do direito, que tendia a priorizar a teoria pautada no conhecimento doutrinário e normativo. Todavia, somente veio a adquirir mais força entre os anos 80 e 90, em virtude das grandes mudanças no âmbito jurídico, que teve como marco a Constituição Federal de 1988, e no político-social, com a transição da ditadura para a democracia. Outra forte contribuição para o desenvolvimento da pesquisa no Direito associada às ciências sociais foi a consolidação do seu financiamento pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq), bem como a criação, em 1992, do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), o qual passou a realizar, anualmente, um congresso nacional com o fim de incentivar a socialização das pesquisas realizadas pelos pós-graduandos em Direito (HORTA; ALMEIDA; CHILVARQUER, 2014).

A fim de esclarecer o que se entende por pesquisa empírica, cumpre trazer a definição de Epstein e Gary (2013), segundo os quais, embora seja comum que esse método seja associado à coleta de dados de campo, através de análises estatísticas ou quantitativas, ele é muito mais abrangente que essa definição. “A palavra ‘empírico’ denota evidência sobre o mundo baseada em observação ou experiência. Essa evidência pode ser numérica (quantitativa) ou não-numérica (qualitativa); nenhuma é mais ‘empírica’ que a outra”, pontuam (2013. p. 11).

Desse modo, o que torna uma pesquisa empírica é a sua realização por meio de observações de dados, que refletem os fatos ocorridos no mundo, que “podem ser históricos ou contemporâneos, ou baseados em legislação ou jurisprudência, ou ser o resultado de entrevistas ou pesquisas, ou os resultados de pesquisas auxiliares arquivísticas ou de coletas de dados primários” (EPSTEIN; GARY, 2013, p. 11-12).

O presente estudo se propõe a realizar uma pesquisa empírica baseada na obtenção de dados jurisprudenciais, com a análise de todas as decisões proferidas pelo STJ brasileiro entre 2007 e 2017 sobre os casos de sequestro de crianças e adolescente no âmbito internacional. Para isso, foram colhidas informações no *site* oficial do aludido tribunal e se delimitou o período estudado, considerando que o primeiro caso que chegou ao STJ relativo ao tema após a ratificação, pelo Brasil, da Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional por meio do Decreto Lei nº 3.413, de 14 de abril de 2000, ocorreu em 2007, sendo um dos mais emblemáticos e com maior repercussão pela mídia o caso do menino Sean Goldman, sobre o qual será feita uma análise mais detalhada nos tópicos a seguir.

Diante do exposto, constata-se que, apesar de não existir previsão para que uma pesquisa empírica-jurisprudencial seja desenvolvida de forma mecânica e universal, *prima-se*, neste estudo, pelo uso dos instrumentos principais para o desenvolvimento desse tipo de pesquisa (PALMA; FEFERBAUM; PINHEIRO, 2012).

Dentre os mecanismos utilizados, sobressaem-se os seguintes: a) recortes jurisprudenciais, que se percebe com a delimitação do tema, do tribunal e do período a ser pesquisado; b) composição da amostra, realizada com a extração de dados do *site* oficial do STJ, obtendo-se o número de 11 decisões em Recursos Especiais proferidas durante o período de 10 anos, suficientes para uma análise aprofundada sobre o posicionamento adotado pela aludida instância jurídica; c) variáveis de pesquisa, que funcionam como filtros para obtenção das respostas que se pretende com a pesquisa. No presente caso, tem-se como exemplo a idade das crianças envolvidas nas disputas internacionais, o tempo de permanência no Brasil até a propositura da ação de busca e apreensão, a ocorrência de perícia psicossocial no processo, o número de extradições para o país de residência habitual, entre outras; d) organização dos dados coletados, que se deu através da utilização de gráficos. Os números obtidos foram devidamente analisados, não só quantitativamente, mas também qualitativamente (PALMA; FEFERBAUM; PINHEIRO, 2012).

Com isso, através da fixação de parâmetros para análise, busca-se verificar se o STJ, ao atuar nesses casos, tem primado por decisões apegadas ao que está previsto na Convenção de Haia (1980), que determina o retorno imediato de infantes residentes no estrangeiro e que foram trazidos para o Brasil sem autorização de um dos genitores, ou se há uma preocupação com os detalhes de cada caso concreto e

a realização de perícias psicológicas e sociais com a finalidade de resguardar o melhor interesse das crianças e adolescentes envolvidos.

3.2 Mapeamento da experiência do Superior Tribunal de Justiça brasileiro para apreciar os casos de disputa de guarda internacional, entre os anos de 2007 e 2017

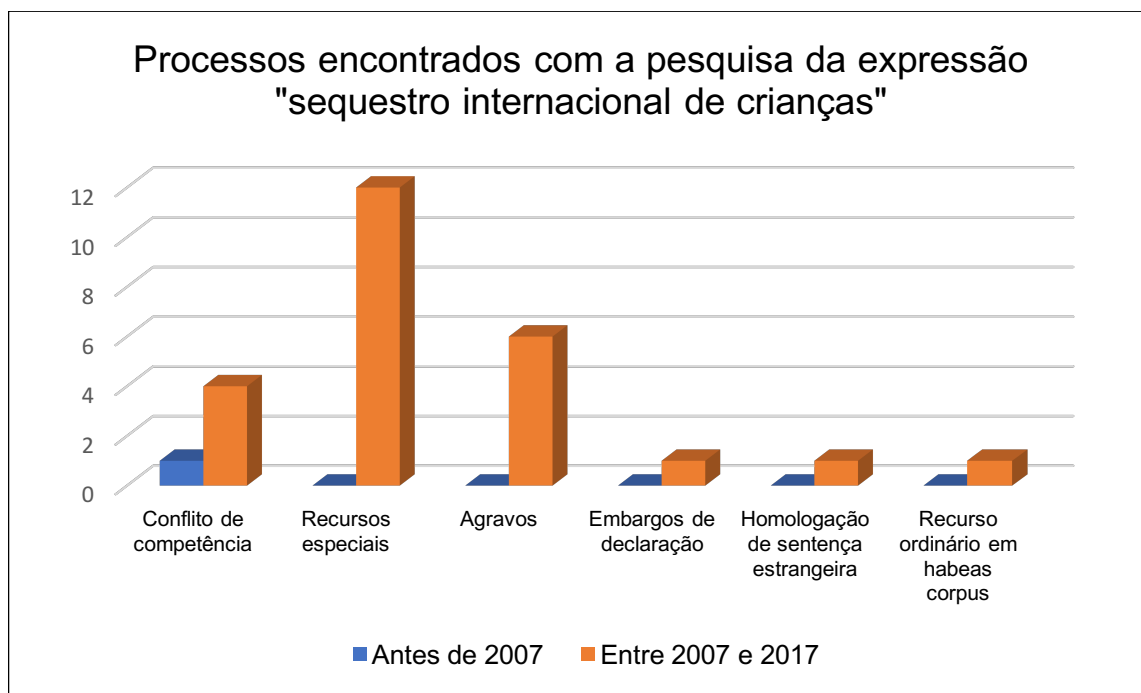
Em razão do elevado número de processos que estão em curso ou que já tramitaram nas instâncias inferiores acerca da temática em estudo, a investigação se limitou a mapear experiências do STJ brasileiro na apreciação de casos de sequestro e de disputa de guarda internacional entre 2007 e 2017, o que reduz drasticamente o volume de demandas, de aproximadamente 400 casos, para 11 casos (BRASIL, 2017). Cumpre destacar que a realização dessa pesquisa quantitativa não irá se ater apenas ao número de julgados, visto que isso pode ser obtido por uma simples consulta no *site* oficial do STJ, mas também realizará uma triagem do contexto em que se insere essas contendas judiciais.

Como explanado no tópico anterior, decidiu-se por delimitar a pesquisa jurisprudencial entre os anos de 2007 e 2017, uma vez que a Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional, de 1980, só foi ratificada pelo Brasil no ano 2000, através do Decreto Lei nº 3.413. Por essa razão, após o país ter se tornado signatário da aludida Convenção, o primeiro caso que tinha como objeto o sequestro internacional de crianças chegou ao STJ em 2007, apesar de, em 1989, ter ocorrido, no tribunal superior, o julgamento de um processo que tratava sobre a temática em tela.

Nessa fase da pesquisa, utilizou-se os recursos de busca jurisprudencial do *site* oficial do STJ, com o preenchimento no campo de pesquisa livre das expressões “sequestro internacional de crianças” e “sequestro internacional criança”. Com a primeira opção, obteve-se como resultado 26 acórdãos, sendo um referente a conflito de competência, de 1989, e os demais, datados a partir de 2007, dos quais apenas 12 correspondiam a Recursos Especiais. Dos outros 13, seis eram agravos, havendo um embargo de declaração (todos como desdobramentos dos recursos especiais ou conflitos de competência), uma homologação de sentença estrangeira, quatro conflitos de competência e um recurso ordinário de *habeas corpus*, o qual não tinha nenhuma relação com a temática pesquisada.

Para facilitar a compreensão, formulou-se um gráfico com os dados obtidos (BRASIL, 2017). Observa-se:

Gráfico 1 - Processos com a expressão Sequestro internacional de crianças



Fonte: Autora. Dados da pesquisa, 2018.

Com a utilização da segunda expressão (“sequestro internacional criança”) no campo de pesquisa livre, obtive-se um total de 28 acórdãos, sendo um conflito de competência, de 1989, um conflito negativo de competência em tráfico internacional de criança, de 1999. Os demais, datados a partir de 2007, referem-se aos mesmos 12 casos de Recursos Especiais obtidos com a pesquisa anterior, sete agravos, um embargos de declaração, quatro conflitos de competência, uma homologação de sentença estrangeira e um recurso ordinário de *habeas corpus*. Esses dados podem ser visualizados de forma mais clara no gráfico a seguir¹¹:

¹¹ A quantidade de processos foi obtida através de consulta no site oficial do STJ. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&livre=SEQUESTRO+INTERNACIONAL+CRIAN%C7A&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=10>. Acesso em: 03 out. 2017.

Gráfico 2 - Processos com a expressão Sequestro internacional criança

Fonte: Autora. Dados da pesquisa, 2018.

Ao analisar os dados obtidos, justifica-se a necessidade de concentração da pesquisa jurisprudencial entre os anos de 2007 e 2017, uma vez que os processos localizados antes dessa data, além de serem quase inexistentes e pouco representativos, são anteriores à ratificação da Convenção de Haia, de 1980, pelo Brasil. Dentre os resultados encontrados, foram selecionados apenas os Recursos Especiais, por se tratar do principal instrumento recursal endereçado ao STJ, o qual tem previsão constitucional no artigo 105, inciso III, e possui como principal fim o exercício da “função paradigmática na interpretação jurisprudencial e na manutenção da legislação federal infraconstitucional” (ALMEIDA, 2015, p. 63).

No entanto, é importante ressaltar que, apesar de terem sido localizados, nas referidas buscas, 12 recursos especiais julgados pelo STJ, o último deles (Recurso especial nº 1698691/BA, processo originário nº 2017/0122219-7, ministro relator Og Fernandes, data do julgamento - 07/12/2017, segunda turma do STJ) não teve como objeto a manutenção da criança no Brasil ou a devolução para o país de residência habitual. Sendo assim, não servirá de parâmetro para a realização deste estudo.

O mencionado recurso, a despeito de se tratar de um caso de sequestro internacional, teve como único objeto a discussão sobre quem deve arcar com os custos da perícia psicológica, se o genitor que a solicitou ou se a União. Nesse caso, a título de informação, traz-se que a decisão do STJ foi no sentido de atribuir essa obrigação ao Estado brasileiro, que, por força do art. 26 da Convenção de Haia, na

condição de país contratante, deve assumir as despesas relacionadas à solução de sequestros internacionais.

Após identificar os casos de sequestro internacional e consequente conflito referente à guarda de crianças e adolescentes que foram apreciados pelo STJ entre 2007 e 2017, far-se-á uma análise para constatar se o STJ, ao julgar tais situações, costuma assumir uma postura estritamente legalista, que se apegue ao fato do Brasil ser um país signatário da Convenção de Haia, que prevê, logo em seu 1º artigo, que, em caso de transferência de crianças de forma ilícita (sem autorização de um ou de ambos os genitores) para outro país contratante ou nele retidas de forma indevida, devem retornar imediatamente para a localidade que residia habitualmente; ou se há uma preocupação se essa medida atenderá aos preceitos do melhor interesse desses seres em desenvolvimento. Para isso, foi eleita como critério de análise a extração de dados de cada caso. Esses dados foram elencados e analisados em conformidade com os principais pontos de discussão sobre a aplicabilidade da Convenção de Haia (1980) e a proteção dos direitos das crianças e adolescentes no ordenamento jurídico brasileiro.

3.3 Análise de casos julgados pelo Superior Tribunal de Justiça entre 2007 e 2017 sob a ótica do melhor interesse da criança

Como visto de forma mais detalhada na primeira seção desta dissertação, o princípio do melhor interesse da criança surgiu com a implementação da doutrina da proteção integral no Brasil, que foi a principal referência para a consolidação dos direitos das crianças e adolescentes, após um lento processo de desenvolvimento, o qual teve como marco inicial um período em que sequer existia uma diferenciação entre a infância e a juventude para a fase adulta. Depois, os filhos passaram a ser vistos como objetos pertencentes aos pais, em seguida, tornaram-se objetos de proteção, até chegarem à condição de sujeitos de direitos, que precisam de uma atenção especial por se encontrarem em desenvolvimento.

Nesse sentido, muito se tem falado sobre a necessidade de assegurar o melhor interesse da população infanto-juvenil em todas as situações sociais e jurídicas em que ela esteja envolvida. Contudo, tem-se percebido que tal princípio é detentor de uma forte dose de abstração, pois o poder de discricionariedade do judiciário é grande quando existem interesses de crianças e adolescentes envolvidos

em algum processo. Nessas situações, incumbe ao magistrado analisar o caso concreto detalhadamente, pois será diante das suas particularidades que se poderá atingir o que é melhor para o infante.

Por considerar os princípios normas finalísticas¹², Ávila (2012) recomenda a utilização de algumas diretrizes para a sua análise, quais sejam: i) realização do maior detalhamento do seu objetivo; ii) busca nos Tribunais Superiores de casos que sirvam de modelo para a compreensão da postura almejada com sua efetiva aplicação; iii) organização de conjuntos de casos baseados no mesmo problema, os quais serão identificados por seus assuntos nucleares; iv) identificação dos requisitos essenciais para a construção de uma situação modelo, através da apuração de suas variantes, bem como das condutas indispensáveis para a sua concretização; v) averiguar a ocorrência de casos sobre os quais o princípio deveria incidir, servindo como fundamento para a sua decisão.

Desse modo, no presente estudo busca-se seguir as orientações de Ávila (2012) para melhor compreender a aplicação do princípio do superior interesse das crianças e dos adolescentes. Para isso, detalharam-se os casos que terão a sua incidência analisada, que são as decisões proferidas entre 2007 e 2017 sobre disputas de guarda e sequestro de infantes no âmbito internacional, delimitando-se a pesquisa à apreciação de recursos especiais julgados pelo STJ, a fim de agrupar situações que envolvem a mesma problemática.

Por conseguinte, serão identificadas algumas variáveis presentes nos julgamentos dos referidos processos, quais sejam: número de crianças envolvidas em cada processo, a idade que tinham na data da subtração, prazo em que a ação de busca e apreensão foi proposta, lapso temporal entre o sequestro e a decisão do STJ, se o julgamento foi no sentido de manter ou devolver a vítima de sequestro, qual o fundamento utilizado, se foi realizada perícia psíquico-social e a oitiva do infante, se houve alegação de violência doméstica como motivo para a ocorrência da transferência ilegal, quem foi o autor do sequestro, de quais Estados advieram os processos que chegaram ao STJ e de qual país a criança foi retirada.

As mencionadas variáveis foram eleitas por entender que, através da análise detalhada delas, seria possível compreender o posicionamento adotado ao longo de

¹² “Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção”. (ÁVILA, 2012, p. 85).

10 anos pelo STJ em situações de disputa de guarda no âmbito internacional, as quais acabam por ensejar a ocorrência do sequestro das crianças envolvidas. Com isso, elencaram-se 11 recursos especiais que foram julgados pelo referido tribunal superior entre 2007 e 2017 a fim de visualizar como esses critérios empíricos se apresentam em cada caso.

Antes de adentrar na análise de cada dado extraído dos 11 casos localizados no *site* oficial do STJ, cumpre elencá-los em ordem cronológica, identificando os respectivos números dos recursos especiais, Estado onde a ação principal tramitou, número do processo originário, ministro relator, data de julgamento e turma, a ver:

1º) Recurso especial nº 900262. Rio de Janeiro. Processo originário nº 2006/0221292-3. Ministra relatora: Nancy Andrighi. Data do julgamento: 21/06/2007. Terceira turma do STJ;

2ª) Recurso especial nº. 954877. Santa Catarina. Processo originário nº 2007/0092650-3. Ministro relator: José Delgado. Data do julgamento: 04/09/2008. Primeira turma do STJ;

3º) Recurso especial nº 1239777. Pernambuco. Processo originário nº 2010/0180753-9. Ministro relator: Cesar Asfor Rocha. Data do julgamento: 12/04/2012. Segunda turma do STJ;

4º) Recurso especial nº 1315342. Rio de Janeiro. Processo originário nº 2012/0057779-5. Ministro relator: Napoleão Nunes Maia Filho. Data do julgamento: 27/11/2012. Primeira turma do STJ;

5º) Recurso especial nº 1293800. Minas Gerais. Processo originário nº 2011/0267867-2. Ministro relator: Humberto Martins. Data do julgamento: 28/05/2013. Segunda turma do STJ;

6º) Recurso especial nº 1351325. Rio de Janeiro. Processo originário nº 2012/0227705-3. Ministro relator: Humberto Martins. Data do julgamento: 10/12/2013. Segunda turma do STJ;

7º) Recurso especial nº 1196954. Espírito Santo. Processo originário nº 2010/0100918-0. Ministro relator: Humberto Martins. Data do julgamento: 25/02/2014. Segunda turma do STJ;

8º) Recurso especial nº 1458218. Rio de Janeiro. Processo originário nº 2014/0127557-7. Ministro relator: Napoleão Nunes Maia Filho. Data do julgamento: 25/11/2014. Primeira turma do STJ;

9º) Recurso especial nº 1214408. Rio de Janeiro. Processo originário nº 2010/0168011-0. Ministro relator: Sérgio Kukina. Data do julgamento: 23/06/2015. Primeira turma do STJ;

10º) Recurso especial nº 1.390.173. Rio de Janeiro. Processo originário nº 2013/0221462-9. Ministra relatora: Marga Tesseler (juíza federal convocada do Tribunal Regional Federal da 4ª Região). Data do julgamento: 15/09/2015. Primeira turma do STJ;

11º) Recurso especial nº 1387905. Rio Grande do Sul. Processo originário nº 2013/0160212-0. Ministro relator: Og Fernandes. Data do julgamento: 18/05/2017. Segunda turma do STJ.

Após uma breve identificação dos recursos especiais que serão objeto deste estudo, urge ressaltar que o primeiro caso sobre sequestro internacional de criança que chegou ao STJ foi também um dos mais polêmicos e com maior repercussão na mídia nacional, podendo ser considerado um *Leading Case*¹³. Por essa razão, foi selecionado para ser descrito de forma um pouco mais detalhada, diferentemente dos outros 10 casos que foram julgados pelo STJ durante o lapso temporal da presente pesquisa, sobre os quais não será realizada uma narrativa dos fatos, mas apenas a análise dos dados que deles foram extraídos.

O emblemático recurso especial que inaugurou no STJ a apreciação de situações sobre sequestro internacional envolvia o menino Sean Richard Goldman, filho da brasileira Bruna Bianchi Carneiro Ribeiro e do norte-americano David George Goldman. Nascido em 25 de maio de 2000, em Nova Jersey, nos Estados Unidos, o garoto, aos quatro anos de idade, foi autorizado pelo pai a passar férias no Brasil com a mãe, em 16 de junho de 2004, com data máxima prevista para retorno em 18 de julho de 2004. Contudo, a genitora decidiu, de forma unilateral, não mais retornar aos Estados Unidos com o filho, ajuizando na 2ª Vara de Família da Comarca do Rio de Janeiro/RJ uma ação de regulamentação de guarda do menino, que foi fixada de forma unilateral para a genitora. Concomitantemente, o genitor também propôs uma ação de guarda perante a Justiça de Nova Jersey, que, por sua vez, concedeu a guarda da criança ao pai e determinou que ocorresse a sua devolução, o que não foi cumprido. Inconformado, o genitor provocou a Autoridade Central americana, que requereu, em 23 de setembro de 2004, a devolução do menor de idade à Autoridade Central brasileira, com fundamento na Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças (DEL'OLMO, 2015).

Todavia, a 16ª Vara Federal do Rio de Janeiro/RJ entendeu pela manutenção da criança em território brasileiro, fundamentando a decisão nas exceções previstas

¹³ “Decisão que serve de paradigma para julgamentos e que possui efeito vinculante”. (GOMES, 2014, *on-line*).

no artigo 13 da Convenção, sob a justificativa de que ele, após um ano e meio da sua vinda, já estaria adaptado ao local, e que o afastamento da sua mãe poderia provocar-lhe graves danos psíquicos, apesar de ser reconhecido que a retenção de Sean no Brasil se tratava de uma atitude ilícita. Diante dessa decisão, que negou o requerimento de devolução do menino para os Estados Unidos, o seu genitor interpôs recurso de apelação para o Tribunal Regional Federal da 2ª Região, que negou provimento ao apelo paterno, mantendo os termos da sentença. Mais uma vez inconformado, o pai da criança levou o caso para o STJ, através do recurso especial nº 900262. Em 21 de junho de 2007, ocorreu o julgamento, que, mais uma vez foi desfavorável ao pai, mantendo-se, por maioria dos votos dos ministros, o que vinha sendo decidido desde o primeiro grau de jurisdição. Cumpre destacar que essa última decisão é a que se enquadra como objeto de análise desta pesquisa.

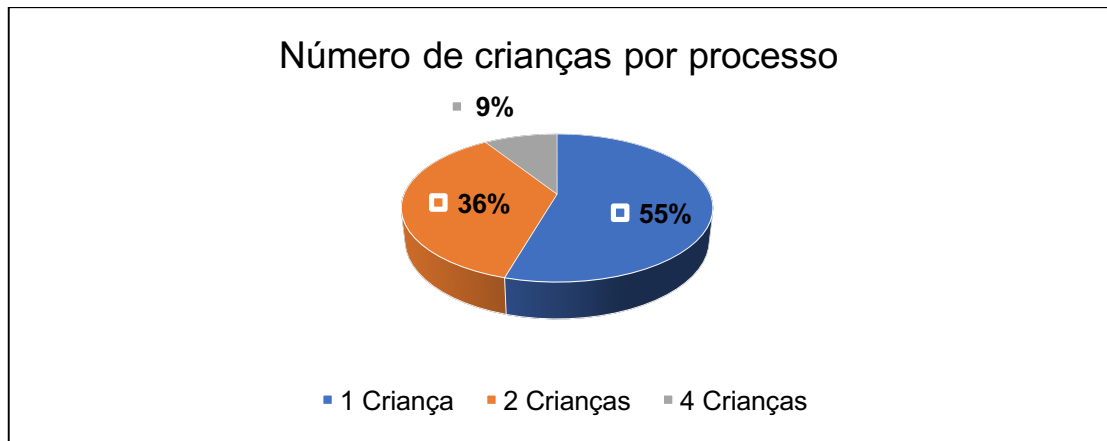
Três anos após a sua vinda ao Brasil, a autora do sequestro se casou com João Paulo Bagueira Leal Lins e Silva, mas, em 21 de agosto de 2008, veio a óbito por complicações no parto da sua segunda filha. Diante dessa fatalidade, o caso envolvendo o menino Sean ganhou roupagem ainda mais complexa, pois, iniciou-se uma disputa entre o pai biológico e o padrasto (pai afetivo). O último contava com o apoio da família materna. Porém, após uma verdadeira guerra processual repleta de recursos, o STF determinou, em 24 de dezembro de 2009, a entrega da criança pelo padrasto e avós maternos ao pai biológico no Consulado Americano localizado no Estado do Rio de Janeiro (DEL'OLMO, 2015). Ressalta-se que essa segunda parte do famigerado caso não integra este estudo, visto que não foi levada ao STJ através de recurso especial.

Realizada uma breve narrativa sobre o caso mais emblemático e divulgado na mídia em geral, o qual também inaugurou a apreciação do STJ sobre sequestros internacionais de crianças, parte-se para a análise dos dados obtidos dos recursos especiais julgados entre 2007 e 2017, a fim de identificar o perfil desses processos e das situações que neles estão envolvidas, bem como os resultados que atingiram.

O primeiro quesito a ser observado é o número de crianças envolvidas em cada situação. Percebe-se que, dos 11 casos, a maioria teve apenas uma criança como vítima. Assim, de seis casos, um único menor de idade era envolvido por processo, em quatro recursos o número de crianças transferidas ilegalmente eram duas em cada um e em apenas um deles chegou-se ao número de quatro infantes subtraídos.

Esses números refletem a atual formação familiar no Brasil, onde, segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), a média de filhos por família caiu para 1,6 (IBGE, 2013), bem como a realidade mundial, em que a expectativa é que se atinja a média de dois filhos por casal (MAZZETO, 2017).

Gráfico 3 - Crianças por processo



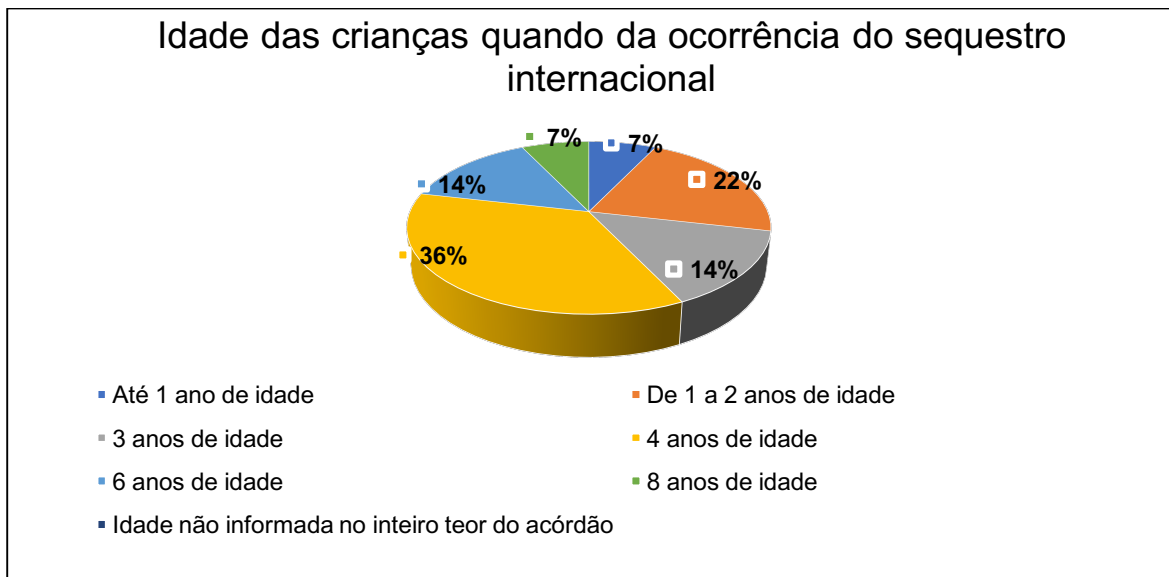
Fonte: Autora. Dados da pesquisa, 2018.

Essa redução drástica da prole por família, juntamente com outros fatores sociais, é um reflexo da importância que as crianças adquiriram ao longo dos anos. Como já foi devidamente exposto no tópico que trata do surgimento do sentimento de infância, localizado na primeira seção, as famílias costumavam ser muito numerosas porque enxergavam os filhos como simples objetos pertencentes aos pais. Também foi destacado que a taxa de mortalidade era altíssima. Então, o objetivo era ter uma prole numerosa para que alguns vingassem, inexistindo uma preocupação com o cuidado de cada um deles. Na realidade atual, as crianças são consideradas seres vulneráveis, que estão em desenvolvimento e merecem uma maior proteção. Seguindo esse raciocínio, o número de filhos por família caiu para que os pais pudessem proporcionar um cuidado maior e individualizado.

O segundo quesito a se analisar é a idade das crianças que foram vítimas de sequestro internacional no momento em que ocorreu a subtração ilegal. Os 11 recursos especiais ora estudados envolvem um total de 18 infantes, com idades que variam de cinco meses a oito anos, enquadrando-se no conceito de criança (até 12 anos incompletos), tratando-se, pois, de uma parcela da população ainda mais vulnerável. Apesar da oitiva da criança sempre ser recomendada nos processos em que se discute a guarda, conforme se depreende do art. 12, nº 1, da Convenção sobre os Direitos da Criança, nessa faixa etária não há essa obrigatoriedade pela

legislação brasileira, passando a haver essa exigência em caso de colocação em família substituta de adolescentes (entre 12 e 18 anos incompletos), nos termos do artigo 45, parágrafo 2º, do ECA (MONACO; CAMPOS, 2011). Importante destacar que essa idade corresponde ao momento em que ocorreu a transferência do menor de idade. Contudo, como o processo costuma ter uma longa duração no Brasil, como será visto mais adiante, algumas crianças tornaram-se adolescentes.

Gráfico 4 - Faixa etária das crianças sequestradas



Fonte: Autora. Dados da pesquisa, 2018.

O que se extrai dos dados obtidos é que são mais suscetíveis ao sequestro internacional os infantes que ainda não possuem maturidade suficiente para externar a sua opinião, pois, visualiza-se que, em mais de 50% das situações, as crianças possuem quatro anos ou menos no momento em que ocorreu a subtração ilegal.

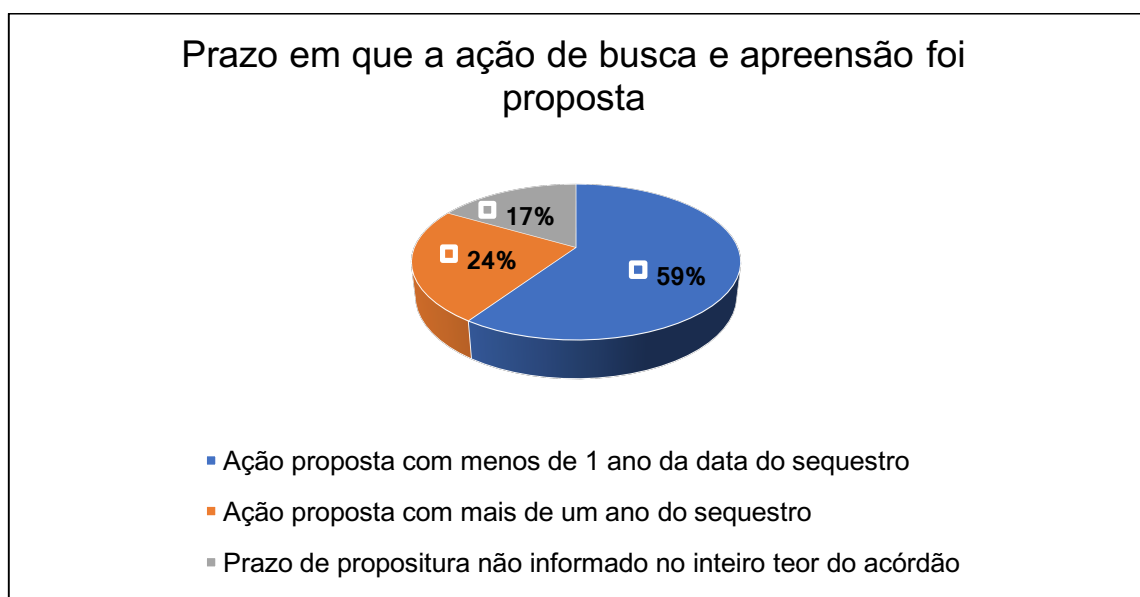
O terceiro quesito a ser analisado é o prazo entre a data da ocorrência do sequestro e da propositura da ação de busca e apreensão pela Advocacia Geral da União (AGU), mediante encaminhamento da Autoridade Central Brasileira provocada pelo genitor vítima. É importante observar esse lapso temporal, pois o artigo 12 da Convenção de Haia (1980) estabelece que seja determinado o retorno imediato da criança subtraída quando a ação for proposta em menos de um ano.

Porém, mesmo que tenha havido a propositura com mais de um ano, é possível ocorrer a determinação da devolução, mas, nesse último caso, a autoridade judicial competente deverá verificar se o infante se encontra adaptado ao novo meio. Como um dos principais objetivos da Convenção é a restituição do *status quo* o mais

rápido possível, o tempo que se leva para propor a referida ação é visto como primordial para caracterizar o interesse do genitor que teve o seu filho subtraído em tê-lo de volta, bem como para proporcionar o transcurso de um período suficiente para que a criança se integre no país para o qual foi levada. Ou seja, teoricamente, ao propor a ação após um ano da ocorrência do sequestro, as chances de retorno da criança para o país em que residia habitualmente diminuem.

Dos 11 casos que chegaram ao STJ entre 2007 a 2017, em cinco, a ação de busca e apreensão foi proposta com menos de um ano, em dois a propositura ocorreu com mais de um ano e em quatro não foi informado no inteiro teor do acórdão esse lapso temporal. Contudo, observou-se que a regra prevista no artigo 12 da Convenção nem sempre é aplicada, pois, dos cinco casos em que a ação foi ajuizada dentro do prazo de um ano, em quatro houve determinação judicial para a manutenção dos infantes no Brasil, mas em um deles a justificativa foi o fato da vítima já ter completado 17 anos de idade e não se sujeitar mais à Convenção, e em outro a decisão foi no sentido de reapreciar os fatos e provas referentes à adaptação da criança em território brasileiro. Quanto às duas situações em que a propositura da ação se deu com mais de um ano, em uma decidiu-se pela manutenção e na outra, pelo retorno. Assim, percebe-se que, na prática, ocorre uma relativização do disposto no artigo 12 da Convenção de Haia de 1980.

Gráfico 5 - Prazo da ação de busca e apreensão



Fonte: Autora. Dados da pesquisa, 2018.

Gráfico 6 - Ações propostas com menos de um ano

Fonte: Autora. Dados da pesquisa, 2018.

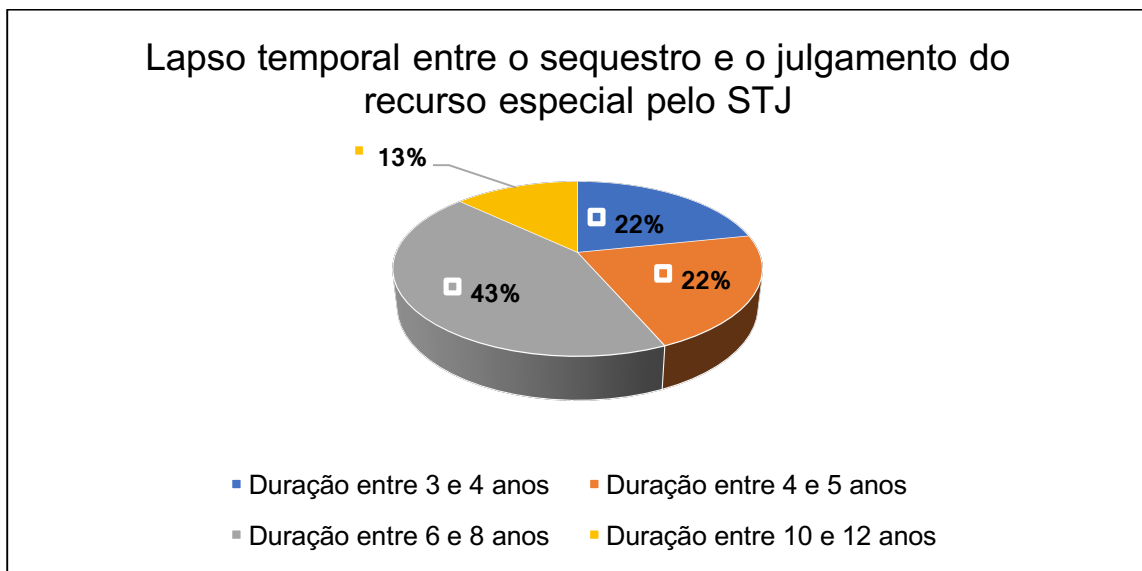
Outro ponto que merece realce é que, ao manter a vítima de seu sequestro no Brasil, mesmo nos casos em que a ação de busca e apreensão é proposta com menos de um ano da data do sequestro, contraria-se a Convenção de Haia (1980) sob o fundamento de que se deve prezar pelo melhor interesse da criança, visto que, na maioria das situações, pela longa duração do processo, o infante já se adaptou ao novo meio. Essa postura da justiça brasileira tem recebido muitas críticas, que se dirigem ao conflito de competência existente entre a justiça federal e a justiça estadual, à falta de conhecimento dos magistrados sobre a Convenção e à ausência de um procedimento específico para a apreciação e julgamento de processos sobre sequestro internacional, fatores que tornam extremamente duradouros processos que deveriam ser céleres (SIFUENTES, 2011).

Diante das críticas, viu-se a necessidade de observar mais um quesito nos recursos especiais que foram julgados pelo STJ entre 2007 e 2017, que é o tempo de duração do processo, considerando o lapso temporal compreendido entre a ocorrência do sequestro até o momento do julgamento do recurso no STJ.

Nos 11 casos analisados, o tempo que se levou até a decisão em última instância recursal variou de três a 12 anos. Dois processos transcorreram no prazo entre três e quatro anos, dois entre quatro e cinco anos, quatro entre seis e oito

anos, três entre 10 e 12 anos, e, desses três últimos, em dois os envolvidos atingiram ou ultrapassaram a idade de 16 anos, o que impossibilita a aplicação da Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, e, no outro, o infante já se encontrava com 14 anos, e a decisão do recurso foi no sentido de reapreciar os fatos e provas referentes à adaptação da criança ao convívio dos parentes no Brasil e de aferir a situação pessoal do progenitor estrangeiro. Ou seja, existe grande chance desse menor de idade também completar 16 anos antes que o processo finde, e, mais uma vez, a Convenção se torne inaplicável ao caso.

Gráfico 7 - Tempo entre o sequestro e o julgamento



Fonte: Autora. Dados da pesquisa, 2018.

Logo no artigo 1º da Convenção de Haia, verifica-se que um dos seus principais objetivos é que ocorra o retorno imediato da criança subtraída para o país em que residia habitualmente, ideia reforçada também pelo seu artigo 12.

De forma complementar, o artigo 2º prevê que todos os Estados que aderirem a essa legislação internacional cumprem adotar todas as medidas necessárias para a concretização dos seus objetivos, devendo, para isso, “recorrer a procedimentos de urgência”. No artigo 11, é reforçado que as autoridades da nação requerida devem dispensar tratamento prioritário a essas demandas, e dispõe ainda que se a autoridade judicial ou administrativa não tiver proferido uma decisão no prazo de seis semanas, contado da data da apresentação do pedido, “o requerente ou a Autoridade Central do Estado requerido, por sua própria iniciativa ou a pedido da

Autoridade Central do Estado requerente, poderá solicitar uma declaração sobre as razões da demora” (BRASIL, 2000).

Mesmo havendo disposições específicas sobre a necessidade da breve duração das ações de busca e apreensão de crianças, cumpre destacar que a Constituição Federal de 1988 também prevê, no inciso LXXVIII do seu artigo 5º, que a razoável duração do processo e os mecanismos que proporcionem a sua rápida tramitação devem ser assegurados a todos, nos âmbitos judicial e administrativo.

Além de representar uma das maiores preocupações da Convenção, a celeridade nos processos que apreciam situações de sequestro internacional é fundamental para evitar a consolidação de uma atitude ilícita. A demora em repatriar a criança subtraída ilegalmente irá favorecer o autor do ato ilegal, pois, quanto maior o período de permanência no país de destino, mais fácil será a adaptação ao novo ambiente pelo infante, fator que dificultará, consideravelmente, o retorno à realidade vivenciada antes da transferência ilegal, visto que possibilitará a inclusão do caso nas hipóteses excepcionais, previstas nos artigos 12 e 13 da Convenção (DADICO, 2015).

Diante da longa duração dos processos que tratam sobre sequestro internacional de crianças na Justiça brasileira, o país foi alvo de denúncia por violação aos direitos humanos apresentada na Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) pelo argentino Alejandro Daniel Esteves, que alegou que seus dois filhos estavam retidos ilegalmente no Brasil e que a lentidão do procedimento em primeira e segunda instâncias estava retardando a restituição dos infantes, violando a Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças (BARBOSA, 2012).

A mencionada reclamação foi aceita pela Organização dos Estados Americanos (OEA), em 2 de novembro de 2011, através da sua CIDH, por entender que, de fato, a Justiça brasileira foi morosa para apreciar e julgar o caso, e que, para que os direitos dos interessados sejam protegidos, o processo deve ser célere, conforme se extrai de trecho do Relatório nº 173/11:

[...] a Comissão Interamericana observa que transcorreram mais de 8 anos desde o início do processo de restituição internacional. Por sua vez, a Justiça Federal brasileira demorou mais de um ano e meio para emitir uma sentença de primeira instância e, posteriormente, tardou outro ano e meio para elevar o recurso de apelação interposto contra a mencionada sentença. Como regra geral, um processo deve realizar-se rapidamente para proteger os direitos do interessado. Conforme afirmou a Corte

Interamericana, a oportunidade para decidir sobre os recursos internos deve adequar-se aos fins do regime de proteção internacional e não deve conduzir a que a atuação internacional se detenha ou demore até tornar-se inútil. (CIDH, 2011, *on-line*).

Destaca-se que o presente caso, um dos analisados nesta pesquisa, só foi julgado em 23 de junho de 2015, após 12 anos da data em que ocorreu o sequestro. Na ocasião, um dos envolvidos já tinha atingido a idade de 16 anos, tornando-se inaplicável a Convenção de Haia para ele; ao outro infante, de 13 anos, aplicaram-se as exceções previstas nos artigos 12 e 13 da Convenção, pois já estaria adaptado ao meio, e não seria recomendado separá-lo do irmão. Nesse contexto, foi determinada a permanência de ambos no Brasil.

Mesmo com a indicação expressa da utilização de procedimento mais célere para os processos que tratam de sequestro internacional de crianças, percebe-se, conforme o gráfico anterior, que, no Brasil, uma ação de busca e apreensão de infantes pode durar muitos anos até ser apreciada em última instância, visto que mais da metade dos processos que chegaram ao STJ duraram mais de seis anos, fato que dificulta extremamente a aplicabilidade da Convenção de Haia.

Apesar de ter sido feito um breve paralelo entre o prazo para propositura da ação de busca e apreensão e o resultado atingido com o respectivo processo, cumpre analisar, de forma ampla, quais as decisões adotadas pelo STJ nos 11 processos que apreciou. Houve situações que não se enquadraram na análise anterior, uma vez que não foi indicado no inteiro teor do acórdão o tempo entre o sequestro e a adoção da medida judicial cabível. Com isso, constatou-se que, dentre os recursos elencados, seis foram julgados no sentido de manter a criança no Brasil, em três houve a determinação de retorno para o país de residência habitual e em dois os infantes foram mantidos de forma provisória. Dentre os dois últimos, em um a condição temporária foi a realização de uma nova perícia psicológica e no outro a continuidade em solo nacional estaria condicionada à reapreciação dos fatos e das provas a fim de aferir se a criança se adaptou ao convívio dos parentes brasileiros, bem como para verificar a situação do pai proveniente de outra nacionalidade.

Gráfico 8 - Decisões proferidas pelo STJ entre 2007-2017

Fonte: Autora. Dados da pesquisa, 2018.

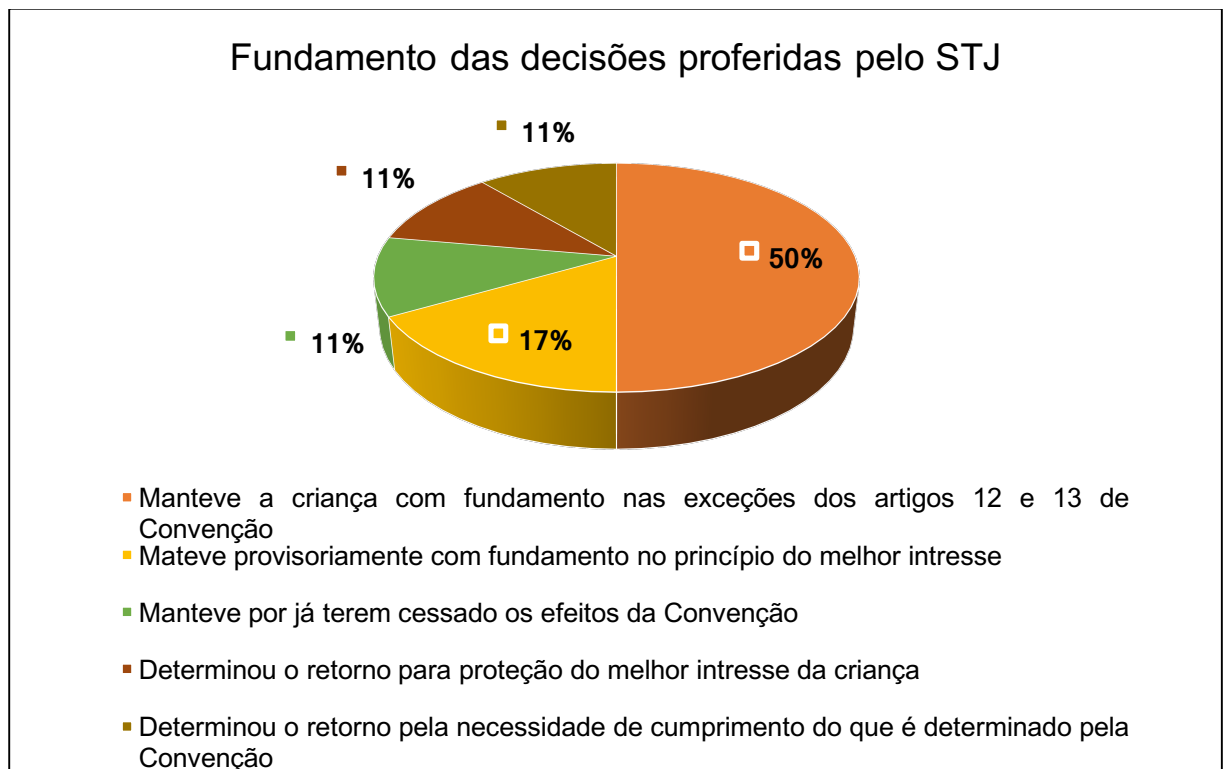
Mediante a visualização do gráfico acima, percebe-se a tendência do STJ de manter as crianças vítimas de sequestro internacional em território nacional, visto que essa foi a decisão adotada em mais da metade dos casos, sem contar que, em mais duas situações, optou-se pela manutenção temporária. Tais resultados refletem a postura apática da justiça brasileira diante das disposições da Convenção de Haia. Com a longa duração dos processos, os menores de idade que foram conduzidos ilegalmente para o Brasil poderão passar mais tempo em território nacional convivendo com os parentes que aqui residem e, conseqüentemente, torna-se comum que sejam alegadas as exceções previstas nos artigos 12 e 13 da Convenção.

Diante da realidade extraída das decisões proferidas pelo STJ, contrárias, em sua maioria, a um dos preceitos norteadores da Convenção de Haia de 1980, que é a celeridade, entende-se necessário verificar em que elas se fundamentaram. Para isso, elegeu-se como mais um quesito a se analisar nos onze recursos especiais objetos do presente estudo a motivação dos seus julgamentos. Assim, constatou-se que, em cinco casos, foi determinada a manutenção da criança fundamentando-se nas exceções dos artigos 12 e 13, b, da Convenção, sendo que um delas também se baseou no fato da ação de busca e apreensão somente ter sido proposta quando já tinha decorrido um ano da data do sequestro; duas decisões foram no sentido de

manter provisoriamente a vítima de sequestro no Brasil para a reapreciação ou produção de novas provas sob o fundamento de preservação do princípio do melhor interesse da criança; outras duas também entenderam pela manutenção, mas, dessa vez, por ter cessado os efeitos da Convenção em razão da idade do infante envolvido; nas três em que se determinou o retorno para o país de residência habitual, uma utilizou como principal motivo a proteção do princípio do melhor interesse e as outras duas, a necessidade de cumprimento da Convenção de Haia. Cumpre destacar que houve um único processo que se posicionou pela manutenção dos dois infantes envolvidos por razões distintas, uma porque já possuía mais de 16 anos, para o outro, utilizou-se das exceções previstas nos artigos 12 e 13, b, da Convenção.

Por terem existido decisões com fundamentos diferentes para cada infante vítima do sequestro internacional, a elaboração do gráfico não levará em consideração o número de processos, mas a fundamentação jurídica para decidir a situação de cada criança a eles integrada, considerando que os recursos especiais sob análise envolviam um total de dezoito menores de idade.

Gráfico 9 - Fundamento das decisões do STJ



Fonte: Autora. Dados da pesquisa, 2018.

A motivação das decisões é mais um reflexo da longa duração dos processos que analisam e julgam casos de sequestro internacional de crianças. Extrai-se do gráfico que 50% das decisões foram fundamentadas nas exceções dos artigos 12 e 13 da Convenção, que justificam a manutenção do infante quando ele já está adaptado ao novo meio. Outros 11% dos acórdãos também se posicionaram pela permanência das vítimas no Brasil, visto que já possuíam mais de 16 anos, fator que torna a Convenção inaplicável à situação.

Em razão disso, o estudo constatou que em 61% dos casos analisados a manutenção da criança no território brasileiro se deu pela extrema morosidade na tramitação desses processos, uma vez que da data do sequestro até a decisão em última instância demorou o suficiente para o infante se ambientar a outra realidade, ou mesmo atingir a idade que faz cessar os efeitos da Convenção de Haia.

Após a análise das fundamentações advindas das decisões do STJ, questiona-se se estas se preocuparam em realizar algumas medidas necessárias para embasá-las, como perícia psicológica e depoimento pessoal da vítima de sequestro internacional. Nesse ponto, merece destaque os julgamentos que determinaram a manutenção da criança sob o fundamento das exceções previstas nos artigos 12 e 13 da Convenção, que ocorrem quando o infante já se encontra adaptado ao meio, quando se verifica que o genitor que acionou a Autoridade Central brasileira para propositura da ação de busca e apreensão não exercia efetivamente a guarda da criança ou concordou posteriormente com a sua saída do país, bem como em situações que a devolução possa ensejar um grave risco do menor de idade se sujeitar à violência física ou psíquica.

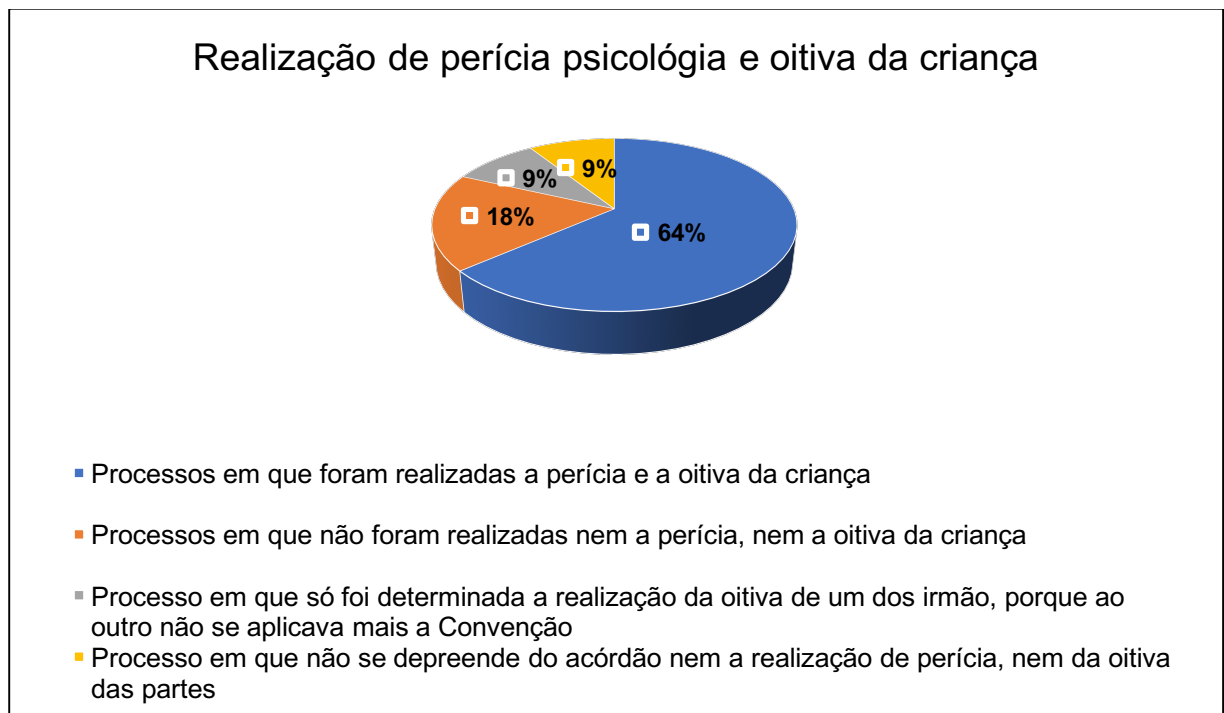
No que se refere à alegação de adaptação da criança ao novo ambiente, entende-se que é indispensável a produção de prova pericial e oral com o fim de compreender a maturidade¹⁴ do envolvido e seu real desejo de permanência em solo brasileiro. Com a realização dessas condutas, estará preservando o melhor interesse da criança, visto que a ambientação dela não pode ser vista como o preenchimento de alguns itens frios, a exemplo de estar matriculado em uma escola,

¹⁴ O grau de maturidade é um critério subjetivo, que nem a jurisprudência nacional, nem estrangeira conseguiu objetivar. Não obstante essa incerteza, reconhece-se a importância da oitiva da criança envolvida no processo. (SILVA; MADEIRA, 2016).

possuir uma babá, ter uma casa ou assistência médica. O mesmo raciocínio se aplica para a constatação das exceções do artigo 13 da Convenção de Haia¹⁵.

Diante do exposto, sentiu-se a necessidade de observar se nos casos objetos deste estudo houve a preocupação com a realização de perícia psicológica e a oitiva do infante. Dos 12 recursos especiais analisados, verificou-se que foi realizada a perícia e a oitiva do menor de idade em quatro que determinaram a permanência da criança no Brasil com fundamento nas exceções dos artigos 12 e 13 da Convenção. Em dois, o STJ entendeu pela realização de uma nova perícia. Em um, decidiu-se pelo retorno ao país de residência habitual. Não se realizaram a perícia, nem a oitiva em dois processos que tiveram como desfecho a devolução dos infantes. Em outro caso, apenas foi solicitada a oitiva de um dos irmãos, uma vez que foi determinada a manutenção do outro por terem cessado os efeitos da Convenção de Haia sobre ele. Em um único recurso, no qual se decidiu pela permanência com fundamento nas exceções, não se depreende do acórdão nem a realização de perícia, nem a oitiva do envolvido, e, por se tratar de um processo físico que já se encontra arquivado, não possível verificar nas instâncias inferiores.

Gráfico 10 - Fundamento das decisões do STJ



Fonte: Autora. Dados da pesquisa, 2018.

¹⁵ Idem.

Ao visualizar o gráfico, constata-se que, na maioria dos processos que foram apreciados e julgados pelo STJ entre 2007 e 2017, houve a preocupação com a realização da perícia psicológica e com a oitiva das crianças envolvidas, em especial, quando a decisão foi pela manutenção no Brasil com fundamento nas exceções dos artigos 12 e 13 da Convenção de Haia. Todavia, em dois casos em que foi determinada a devolução da vítima de sequestro para o país de residência habitual, entendeu-se que não seriam necessárias a perícia e a oitiva, por se tratarem de retenção nova, ou seja, pelo fato da ação de busca e apreensão ter sido proposta num lapso temporal inferior a um ano.

Outro ponto de grande importância, inclusive foi objeto de pesquisa realizada pela Universidade de Seattle, nos Estados Unidos, é a violência doméstica como causa motivadora para a ocorrência do sequestro internacional de crianças. No referido estudo, foi verificado que um terço dos casos sujeitos à regulamentação da Convenção de Haia de 1980 faz referência a algum tipo de violência familiar (SHETTY; EDLESON, 2005). Com isso, percebe-se que a subtração ilegal de crianças no âmbito internacional pode ser uma fuga de uma situação de violência vivenciada.

Diante da realidade apresentada com a mencionada pesquisa, despertou-se o interesse em observar se os recursos especiais em análise também trazem como motivação para a prática do sequestro internacional a alegação de ocorrência de violência doméstica. Desse modo, verificou-se que, dentre os 11 processos estudados, em oito não consta nos autos qualquer relato ou notícia de violência familiar anterior ao sequestro do infante. Apesar de em um deles existir o relato da ocorrência de sérios desentendimentos entre os pais, não há narrativa de violência doméstica. Nos três casos restantes, verificou-se a existência de alegações de violência físico-psíquica que teria sido praticada pelo genitor em relação à mulher e à prole. Desses três últimos processos, um determinou o retorno da criança para a localidade que residia habitualmente, sem a realização de perícia psíquico-social sob o argumento da necessidade de dar efetividade à Convenção de Haia, uma vez que a ação de busca e apreensão foi proposta com menos de um ano da data da ocorrência do sequestro; nos outros dois, decidiu-se pela manutenção provisória do menor de idade para a reapreciação dos fatos e das provas.

Gráfico 11 - Alegação de violência doméstica

Fonte: Autora. Dados da pesquisa, 2018.

Percebe-se que, dentre os processos objetos da presente pesquisa, em 27% existiram alegações de violência doméstica como motivadora para a realização da subtração ilegal. Esse dado é inferior ao encontrado com o estudo da Universidade de Seattle. Mas, trata-se de uma diferença pequena, pois o referido percentual corresponde a um pouco mais de um quarto dos recursos especiais julgados pelo STJ entre 2007 e 2017, e a análise americana apurou a alegação de violência em um terço dos casos de sequestro internacional de crianças.

Sabe-se que nem sempre a argumentação da ocorrência de violência familiar possui fundamento, e pode corresponder a uma falsa acusação que caracteriza a alienação parental. Contudo, desconsiderar uma alegação tão grave como essa seria uma violação direta aos direitos daqueles a quem o Estado deve assegurar proteção integral, que são as crianças e os adolescentes. Com isso, estar-se-ia diante de uma lógica invertida e maldosa (ENZWEILER; FERREIRA, 2016), que só prejudicaria os seres mais vulneráveis que estiverem envolvidos.

Nesta pesquisa, causou espanto a dispensa da produção de prova pericial e da oitiva da criança em um caso em que houve a afirmação da existência de violência doméstica, no qual foi determinado o retorno do infante para o país de

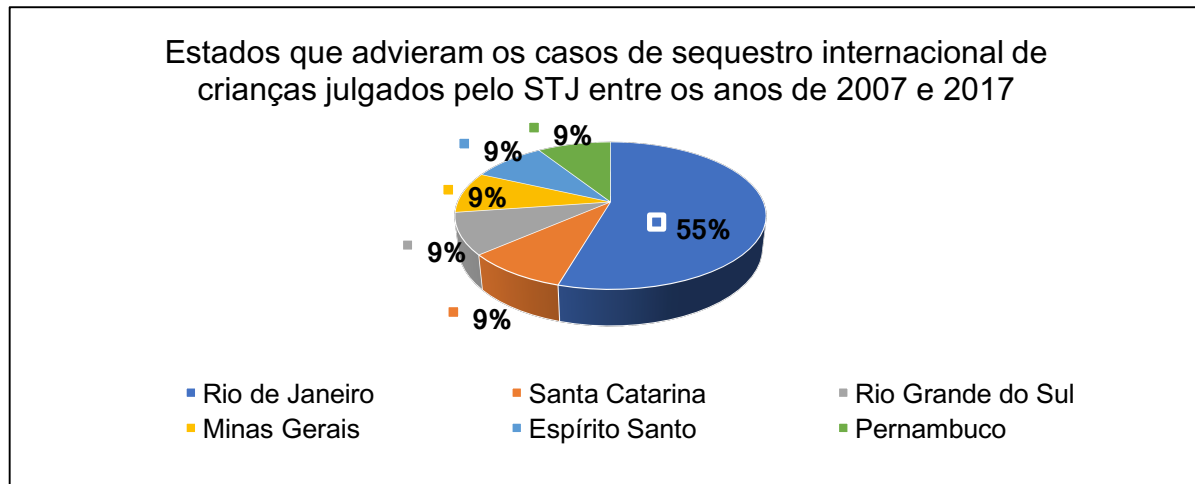
onde foi subtraído, por entender que se faz necessário o cumprimento da Convenção de Haia de 1980, e pelo fato da ação de busca e apreensão ter sido proposta num intervalo inferior a um ano da data do sequestro.

Um ponto que merece realce, visto que chamou atenção com a extração dos dados dos processos sob análise, é o fato de todos tratarem de sequestros internacionais de crianças praticados pelas mães. Essa realidade, que apresenta as genitoras como autoras em 100% dos casos que chegaram ao STJ em grau de recurso especial, pode representar ainda um reflexo de uma cultura da guarda unilateral, apresentada no primeiro tópico da segunda seção, que era assegurada exclusivamente para as mulheres, com o direito de visita aos pais, pois estes eram vistos como provedores, enquanto o gênero feminino tinha sua imagem vinculada a obrigações com o cuidado da casa e dos filhos.

Outro fator que pode contribuir para esse predomínio de subtrações ilegais realizadas pelas mães, porém em menores proporções, é a ocorrência do sequestro como uma fuga da violência doméstica, a qual foi alegada em 27% sob análise. Esse tipo de violência costuma ter como principal alvo o público feminino, tanto que no Brasil sentiu-se a necessidade de criação de uma lei (Lei Maria da Penha - Lei nº 11.340/2006) para proteger as mulheres vítimas de violência. Com isso, percebe-se que a prática violenta contra as mães, e até mesmo contra os filhos, pode refletir em um maior número de transferências ilegais realizadas pelas genitoras.

No processo de eleição de quesitos para análise, uma observação geográfica atraiu atenção, que foram os Estados de onde advieram os recursos especiais que chegaram ao STJ. Visualizou-se que, dos 11 processos analisados, seis foram provenientes do Rio de Janeiro, um de Santa Catarina, um do Rio Grande do Sul, um de Minas Gerais, um do Espírito Santo e um de Pernambuco.

Gráfico 12 - Estados de origem dos processos



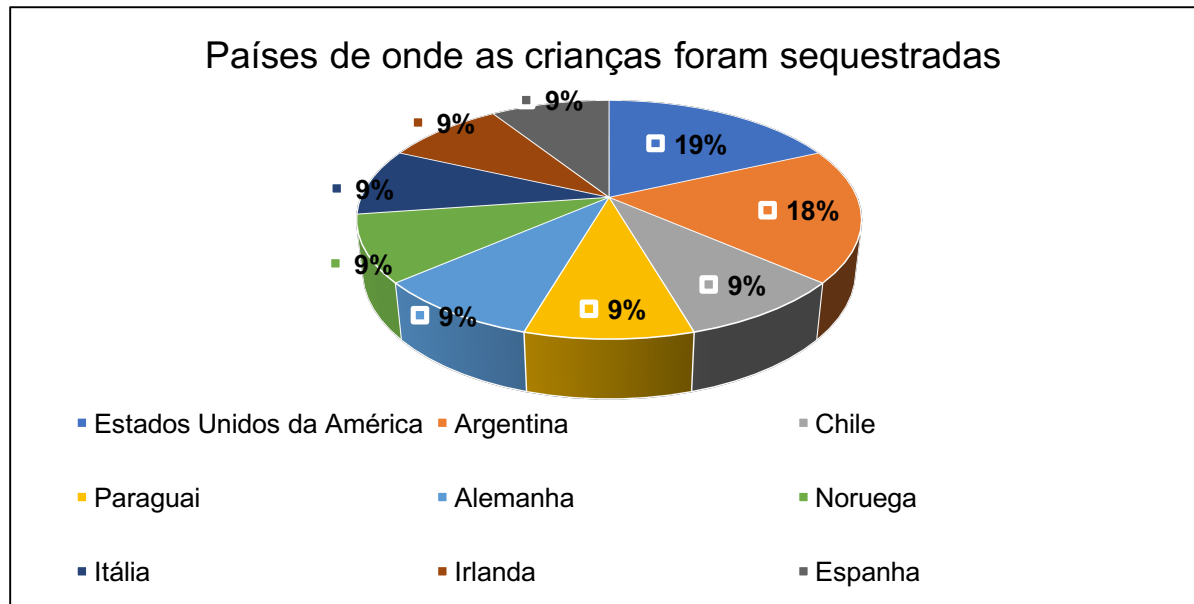
Fonte: Autora. Dados da pesquisa, 2018.

Diante da visualização do gráfico, constata-se que o Estado do Rio de Janeiro concentrou 55% dos casos de sequestro internacional em estudo, e que os outros 45% foram pulverizados entre alguns Estados do sul (Santa Catarina e Rio Grande do Sul), do sudeste (Espírito Santo e Minas Gerais) e um único processo advindo de nordeste (Pernambuco). Não tiveram representação no STJ processos oriundos da região centro-oeste e norte do Brasil. O que causa espanto é que, durante 2007 e 2017, não foi julgado nenhum recurso especial referente à sequestro internacional que teve como destino o Estado de São Paulo, uma vez que, segundo o último senso do IBGE, de 2010, esse foi o lugar que mais concentrava imigrantes internacionais no Brasil, correspondente a 30% (IBGE, 2010).

Contudo, o Estado que é considerado o cartão postal do Brasil e que recebe o maior número de visitantes estrangeiros é o Rio de Janeiro, segundo pesquisa realizada pelo Ministério do turismo, a qual levou em consideração os dados obtidos no ano de 2016 (BRASIL, 2016). Assim, justifica a maioria dos processos em estudo ser proveniente da justiça carioca.

Ainda com base em critérios geográficos de análise, chega-se ao último quesito eleito, que é a identificação dos países de onde as crianças foram subtraídas ilegalmente. Foram dois casos advindos dos Estados Unidos, dois da Argentina, um do Chile, um do Paraguai, um da Alemanha, um da Noruega, um da Itália, um da Irlanda e um da Espanha.

Gráfico 13 - Países de origem das crianças



Fonte: Autora. Dados da pesquisa, 2018.

Os únicos países que tiveram mais de um caso que foi apreciado pelo STJ em grau de recurso especial foram os Estados Unidos e a Argentina, os quais lideram o ranking feito pelo governo brasileiro de nações que mais visitam o Brasil, ocupando o país sul americano a primeira colocação e o norte americano, a segunda (BRASIL, 2016). Outro fator que reflete os dados apresentados é o fato dos Estados Unidos serem a origem do maior número de migrantes recepcionados no território nacional, pois, segundo o censo realizado em 2010, 13,7% das pessoas que vieram para terras brasileiras advieram de lá (IBGE, 2010).

Após uma análise pormenorizada dos casos de sequestro internacional de crianças julgados pelo STJ entre 2007 e 2017, a qual foi baseada em quesitos selecionados com base em toda pesquisa teórica realizada no presente estudo, conseguiu-se demonstrar o perfil desses casos, que, em sua maioria, refletem a realidade social, política e econômica não só do Brasil, mas dos países que tiveram seus nacionais envolvidos nos processos observados.

Com a presente pesquisa, visualiza-se que o STJ brasileiro, apesar de ter apreciado um número relativamente pequeno de processos sobre essa temática, tratou de situações complexas, em que se exigia uma reflexão cuidadosa sobre os direitos de seres vulneráveis e detentores de uma proteção integral. Em razão disso, percebeu-se que há uma constante preocupação em assegurar o melhor interesse da criança ao aplicar a Convenção de Haia de 1980, seja para mantê-la em solo nacional ou para devolvê-la ao país em que residia habitualmente.

Contudo, um dos maiores erros que a justiça brasileira costuma incorrer é quanto à lentidão para a tramitação desses processos, o que termina sendo um fator determinante na hora de proferir uma decisão. Conforme apresentado, em 58% dos casos foi determinada a manutenção da criança no Brasil, tendo como principal fundamento a aplicação das exceções previstas nos artigos 12 e 13 da Convenção, em especial, pela adaptação do infante ao novo ambiente, e em duas situações a permanência foi justificada pela inaplicabilidade da legislação internacional, visto que os envolvidos já tinham ultrapassado os 16 anos de idade. Isso significa que os processos duraram tanto tempo que os menores de idade se encontravam ambientados ou já tinham atingido a idade que torna a Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças inaplicável.

Apesar de sofrer algumas críticas quanto à duração dos seus processos, e com elas a alegação de desrespeito ao previsto na Convenção de Haia de 1980, um ponto que merece destaque é que em mais de 60% dos casos foram realizadas perícia psíquico-social e a oitiva da criança, o que demonstra a preocupação com extração da realidade dos fatos e, conseqüentemente, com a preservação do princípio do melhor interesse.

Diante de todo o exposto, extrai-se que, ainda que nos processos analisados o Poder Judiciário tenha demonstrado preocupação com a proteção dos direitos infante-juvenis, realizando perícia e o depoimento pessoal da criança envolvida, a extrema lentidão para a sua tramitação coloca a justiça brasileira na contramão da Convenção que ratificou desde o ano 2000. Essa situação se assemelha a outros casos de descumprimento de tratados internacionais pelo Brasil, a exemplo do que foi destacado na primeira seção sobre a Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, que recomendava o envio, pelos países signatários, de relatórios periódicos sobre a sua aplicabilidade no território nacional, mas que somente foram entregues com muitos anos de atraso.

CONCLUSÃO

Ao iniciar o estudo sobre a proteção dos direitos das crianças e dos adolescentes nas disputas de guarda no âmbito internacional, o qual é delimitado aos casos apreciados pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) brasileiro entre os anos de 2007 a 2017, percebeu-se a necessidade de compreender como se deu o surgimento do sentimento de infância e a sua importância para a evolução dos direitos dos infantes na esfera internacional e nacional, bem como qual a importância da doutrina da proteção integral e dos princípios do melhor interesse e da prioridade absoluta para promovê-los e assegurá-los, o que se tornou assunto que foi desenvolvido ao longo do primeiro capítulo.

Do que se discorreu sobre os direitos fundamentais da criança e do adolescente na primeira parte da pesquisa, depreende-se que a sua construção e afirmação ocorreu de forma lenta no curso da história, uma vez que, até haver uma compreensão da necessidade de se dispensar um tratamento legal e jurídico diferenciado para a população infanto-juvenil, por serem sujeitos de direitos que se encontram em processo de desenvolvimento físico, mental e emocional, e por isso serem mais vulneráveis, foi percorrido um longo caminho. Assim, esses seres humanos, na antiguidade, eram vistos como um mero objeto pertencente aos pais e ao Estado, os quais podiam até mesmo dispor das suas vidas, caso entendessem que seriam um peso para a sociedade ou quando acreditassem que deveriam sacrificá-los em razão da sua pureza.

Mas, entre o pensamento dos povos antigos até a atualidade, constatou-se que as crianças saíram da condição de desprovidimento de quaisquer direitos e passaram a ser encaradas como objetos de “proteção”, e, por meio da doutrina da situação irregular, aqueles infantes que se encontravam à margem da sociedade deveriam ser “protegidos”. Todavia, havia uma forte crítica sobre essa suposta guarda legal, tendo em vista que a forma em que ela era prevista e se expressava mais se assemelhava a uma punição.

Assim, após longos e árduos anos de marginalização, essas pessoas em desenvolvimento foram, de forma gradativa, tendo os seus direitos reconhecidos no âmbito internacional, através da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), da Declaração dos Direitos da Criança (1959) e da Convenção sobre os Direitos da Criança (1989). No Brasil, os Códigos de Menores, de 1927 e 1979, ainda de forma

tímida e baseada na doutrina da situação irregular, e, posteriormente, a Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA - Lei nº 8.069/90), os quais aderiram à doutrina da proteção integral, baseada nos princípios do melhor interesse e da prioridade absoluta, foram fundamentais para assegurar às crianças e aos adolescentes a condição de sujeitos de direito.

Desse modo, a Carta Magna de 1988 e o ECA dispõem que proteger integralmente os direitos do público infanto-juvenil com absoluta prioridade e resguardando o seu melhor interesse, em todas as esferas, é um dever da família, da sociedade e do Estado. E isso não poderia ser diferente com aqueles envolvidos em sequestros internacionais, que costumam ocorrer com o fim de formações familiares compostas por pessoas advindas de países distintos, situação que, apesar de ser regulamentada pela Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças (Convenção de Haia), deve ser analisada sob a ótica da referida doutrina e princípios.

Nesse cenário, constatou-se que, para melhor compreensão da temática a ser estudada, fazia-se necessário discorrer sobre o instituto da guarda nos âmbitos nacional e internacional, a fim de identificar as modalidades admitidas no Brasil e no exterior, as consequências dessas contendas envolvendo pais oriundos de países diferentes, a exemplo do sequestro internacional de crianças, assim como a indispensável aplicação do princípio do melhor interesse para determinação da guarda, de forma a verificar se a competência atribuída à justiça federal brasileira, por se tratar de uma relação regulamentada por convenção internacional, é capaz de interferir na aplicabilidade de tal princípio, uma vez que essa justiça é composta por magistrados que não estão habituados a atuarem em processos de profunda carga emocional e humana, e que, rotineiramente, deparam-se com situações de cunho mais burocrático e de pouco afeto aos sentimentos inerentes ao homem.

Assim, dividiu-se a segunda seção em três tópicos. Na primeira, realizou-se um panorama sobre a evolução da guarda como um dos desdobramentos do pátrio poder, que recebia essa denominação por advir exclusivamente do pai e chefe da família, mas que, depois, passou a ser chamado de poder familiar. Essa mudança de nomenclatura representou uma alteração de postura, em que esse poder de guarda, sustento, educação e administração da vida do filho passaria a ser exercido em igualdade de condições por ambos os genitores. Ainda no primeiro tópico foram apresentadas as modalidades de guarda previstas no ordenamento jurídico

brasileiro, que são a unilateral e a compartilhada, indicando que, durante um longo período, prevaleceu o modelo de guarda exclusiva a um dos pais, com apenas direito de visita, e fiscalização do outro. Contudo, com a Lei nº 11.698/2008, a guarda compartilhada foi melhor esclarecida, e, com a Lei nº 13.058/2014, ela se tornou a regra, sendo indicado que seja exercida de forma conjunta pelo pai e pela mãe, de modo a atender o melhor interesse do filho.

Nesse cenário, foram elencadas outras modalidades de guarda existentes, como a alternada e a por aninhamento, que, apesar de não serem proibidas no Brasil, não são muito indicadas, pois são praticamente inaplicáveis. No âmbito internacional, fez-se uma breve explanação sobre os tipos de guarda usualmente adotados e a possibilidade de aplicação do exercício conjunto da guarda nos casos de pais residentes em países distintos, o que se visualizou ser possível na atualidade, em razão da modernização dos meios de comunicação, em especial pelo uso da internet, que possibilita o contato audiovisual em tempo real.

No segundo tópico da mesma seção foi abordada a ocorrência do sequestro internacional de crianças e a aplicabilidade da Convenção sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças (Convenção de Haia de 1980). Nele, foi discutida a subtração ilegal desses seres vulneráveis no âmbito internacional como um reflexo de formações familiares multiculturais. Apresentaram-se críticas à nomenclatura de “sequestro” adotada pelo Brasil, visto que não se enquadra no conceito previsto na legislação pátria. Em continuo, esclareceu-se a forma como a referida convenção foi recepcionada pelo ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que ela tem como objetivo a proteção de direitos inerentes à condição humana, mas que, por ter sido ratificada no ano 2000, antes da entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, e, conseqüentemente, por não ter preenchido todas as formalidades por ela exigidas para obter o patamar de norma constitucional, a Convenção de Haia assumiu um *status* supralegal. Nesse contexto, foram elencadas algumas das principais previsões da mencionada legislação internacional, destacando-se que o seu principal objetivo é a promoção da cooperação internacional para a efetivação dos direitos fundamentais dos infantes envolvidos em sequestros internacionais.

Para encerrar essa parte da seção, foi discutido um dos pontos mais polêmicos no que se refere à aplicabilidade da Convenção de Haia no território brasileiro, que é o constante conflito de competência entre a Justiça Estadual e a

Justiça Federal, que, em algumas situações, chegou a ser discutida pelo STJ, o qual, na última oportunidade em que teve que apreciar esse tipo de demanda, posicionou-se no sentido de que não haveria que se falar em conflito em tais casos, pois à Justiça Estadual compete julgar as ações de guarda e à Justiça Federal, as ações de busca e apreensão, devendo a primeira ficar suspensa enquanto a segunda estiver em trâmite. Entende-se que essa última decisão foi bastante acertada, uma vez que as varas estaduais possuem mais experiência e contam com o apoio de uma equipe multidisciplinar para apurar e julgar as ações de guarda, enquanto, no âmbito federal, os juízes estão mais habituados com matérias estritamente burocráticas, e pouco afetas a questões humanas. Contudo, ainda se questiona se, ao julgar casos de sequestro internacional de crianças, não se estaria, de certo modo, interferindo na guarda, pois, com a determinação de retorno para o país onde ocorreu a subtração, a justiça de lá é que irá decidir com quem o infante ficará, podendo ocorrer uma ruptura de laços para sempre.

Desse modo, em razão dos possíveis efeitos psicológicos e emocionais advindos das decisões da Justiça Federal, o desarquivamento da Proposta de Emenda à Constituição (PEC) tombada sob o nº 512/2010, que visa a alteração da competência para apreciação e julgamentos de demandas decorrentes de sequestro internacional para a Justiça Estadual, pode ser uma alternativa em favor da condução do processo por magistrados mais familiarizados com a causa e com a participação de uma equipe multidisciplinar. Entretanto, acredita-se que essa não seria a melhor opção, tendo em vista o grande volume de processos existentes no âmbito estadual, o que tornaria o trâmite processual ainda mais lento. Diante de toda pesquisa, entende-se que a melhor solução seria a capacitação dos magistrados e dos servidores federais para atuarem nesses casos, a criação de varas específicas para matérias de cunho mais humano, nas quais fosse possível contar com o apoio de profissionais da área social e psicológica, aliado à adoção de um procedimento mais célere.

A terceira e última seção foi reservada à efetivação da pesquisa empírica, que, no presente trabalho, trata-se da análise das decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça brasileiro entre os anos de 2007 e 2017, nos casos de sequestro internacional de infantes, com o fim de verificar se há uma preocupação com a proteção dos direitos das crianças e dos adolescentes ao apreciar e julgar tais processos. É imperioso que se compreenda a atuação do poder judiciário diante dos

problemas decorrentes da desconstituição de famílias globalizadas, em especial quando delas advém prole, o que termina por ensejar litígios que têm por objeto de discussão a guarda dos filhos, os quais podem ocasionar uma subtração ilegal no âmbito internacional.

Logo na primeira parte da terceira seção, foi demonstrada a importância da pesquisa empírica para a seara acadêmica do Direito. Assim, apresentou-se essa modalidade de pesquisa como um primoroso elo entre o mundo prático e o previsto nas normas e na doutrina. Desse modo, compreendia-se a sua necessidade para a extração dos dados, que foram observados de forma detalhada, para que se pudesse entender o perfil dos processos que chegaram ao STJ durante o referido período, bem como a forma em que eles foram apurados.

Nesse contexto, para atingir os objetivos almejados com este estudo, foi executado um mapeamento da experiência do Superior Tribunal de Justiça brasileiro para apreciar os casos de sequestro internacional de crianças durante o período já destacado, não só sob uma ótica quantitativa, mas acerca do contexto que estão inseridos, com o fim primordial de analisar se o STJ ao julgar tais casos, aplica estritamente o previsto na Convenção de Haia, sendo puramente legalista, ou se há uma preocupação em realizar um estudo sobre se a sua decisão irá atender ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, assegurado tanto no âmbito nacional, como no internacional.

Mas, antes de partir para a eleição de quesitos que seriam extraídos dos processos, verificou-se, através das informações obtidas em consulta ao *site* oficial do STJ, que o marco inicial da presente pesquisa deveria ser o ano de 2007, pois foi nele que foi julgado pela Corte Superior brasileira o primeiro caso de sequestro internacional após a adesão do Brasil à Convenção de Haia de 1980, que o correu com o Decreto nº 3.413/2000. E delimitou-se como termo final o ano de 2017, por ser o último a ter seu transcurso integral antes da conclusão deste estudo.

Até se chegar ao número de 11 recursos especiais, objeto de análise detalhada, foram feitas buscas com formações de expressões diferentes, encontrando-se em uma delas 26 acórdãos e na outra, 28. Entretanto, apesar de terem sido encontrados alguns processos periféricos, em ambas estavam inseridos os referidos recursos especiais, os quais foram eleitos porque exigiam como posicionamento do STJ se a criança vítima de sequestro internacional deveria ser mantida no território brasileiro ou devolvida para o país onde residia habitualmente.

Após mapear e identificar os processos que deveriam ser estudados, partiu-se para a fase final e principal da presente pesquisa, a qual somente foi possível em virtude da construção de um alicerce estruturado com base numa compreensão doutrinária e normativa da temática, que foi fundamental para eleger importantes quesitos que deveriam ser extraídos para que fosse realizada uma análise mais detalhada dos 11 recursos especiais julgados pelo STJ entre 2007 e 2017. Nesse cenário, serviram como ferramentas para desenvolvimento deste estudo os seguintes critérios: número de crianças envolvidas em cada processo, a idade que elas tinham na data da subtração, prazo em que a ação de busca e apreensão foi proposta, lapso temporal entre o sequestro e a decisão do STJ, se o julgamento foi no sentido de manter ou devolver o menor de idade, qual o fundamento utilizado, se foi realizada perícia psíquico-social e a oitiva do infante, se houve alegação de violência doméstica como motivo para a ocorrência da transferência ilegal, quem foi o autor do sequestro, de quais Estados advieram os processos que chegaram ao STJ e de qual país a criança foi retirada.

Percebeu-se, com a observação dos referidos quesitos, que, apesar de pouco numerosos, os processos apreciados pela Corte Superior conseguem refletir a realidade social e jurídica vivenciada pelo Brasil e pelas nações que neles estão envolvidas. O número de crianças presente em cada caso de sequestro é pequeno, girando em torno de uma ou duas em cada situação, existindo um único caso com quatro infantes, fato que representa a atual formação familiar, composta por uma prole cada vez menos numerosa e com uma maior preocupação dos pais em dispensar um cuidado maior e mais individualizado para cada filho. Verificou-se que, no momento da subtração, os subtraídos ainda eram bastante novos, possuíam menos de 12 anos, o que os enquadram no conceito de criança, previsto no 2º artigo do ECA, e, possivelmente, não faziam jus ao discernimento necessário para se posicionarem sobre tal ato.

Um ponto relevante verificado foi o prazo em que a ação de busca e apreensão foi proposta, se com menos ou mais de um ano da data do sequestro, uma vez que a Convenção prevê que, se houve a propositura antes de transcorrido o lapso de um ano, deve ocorrer a devolução imediata da criança ao país que em residia habitualmente. Todavia, o que se constatou é que, na prática, o disposto na referida legislação internacional nem sempre é aplicado, pois, mesmo que, na maioria dos casos, a ação tenha sido ajuizada rapidamente, em todos eles

determinou-se a manutenção da criança, seja de forma definitiva ou provisória, para melhor apuração dos fatos e provas.

Essa inobservância pela justiça brasileira do que é determinado pela Convenção de Haia tornou-se alvo de críticas, e um dos principais pontos negativos apontados é a longa duração dos processos, constatado na presente pesquisa. Os 11 casos analisados transcorreram entre três e 12 anos, com 56% deles se estendendo entre seis e 12 anos. Assim, como consequência dessa lentidão, verifica-se que mais de 70% dessas decisões foram no sentido de manter a criança no Brasil, tendo por fundamento, em metade dos processos, a incidência das exceções previstas nos artigos 12 e 13 da Convenção, que, via de regra, estão associadas à adaptação dos infantes ao ambiente para o qual foram levados de forma ilícita. Em outras duas situações, a permanência no território brasileiro se deu pela inaplicabilidade da Convenção, porque a vítima do sequestro já tinha atingido 16 anos de idade.

Em contínuo, observou-se se os processos sob análise se preocuparam com a realização de perícia psíquico-social e a oitiva do infante. Percebeu-se que elas ocorreram em mais de 60% deles, o que demonstra certo cuidado com a apuração dos fatos e a consequente preservação do melhor interesse das crianças envolvidas nesse tipo de demanda. Porém, merece realce que as perícias e as oitivas foram realizadas, preferencialmente, quando o desfecho foi a manutenção. Em outras duas ocasiões, em contrapartida, em que houve a determinação de retorno para o país de onde a retirada ilícita, entendeu-se que o recolhimento de provas periciais e do depoimento pessoal da criança não seriam necessários.

Através de um estudo realizado pela Universidade de Seattle, nos Estados Unidos, o qual apurou que um terço dos casos de sequestro internacional de crianças que foram apreciados pela justiça americana tinha como motivo a ocorrência de violência familiar, despertou-se o interesse em verificar se nos 11 processos julgados pelo STJ também houve a alegação de atitudes como essa. Assim, visualizou-se que em 27% das situações analisadas foi afirmada a existência de violência doméstica. Mas, em um dos casos em que se observou esse tipo de denúncia o resultado foi a devolução da criança sem a realização de perícia ou da sua oitiva, sob o argumento de que a ação de busca e apreensão foi proposta com menos de um ano da data do sequestro. E, nos outros dois, entendeu-se pela permanência provisória do infante para melhor apuração dos fatos e das provas.

Outro fator que chamou bastante atenção foi o fato de todos os 11 sequestros internacionais analisados terem sido praticados pela mãe. Acredita-se que essa atitude advinda da figura materna está associada ainda a uma visão ultrapassada, mas que já foi utilizada como regra para a fixação da guarda, que era a estipulação da guarda unilateral em favor da mulher, por ela ser vista como a responsável pelos cuidados com o lar e com os filhos, cabendo ao pai, visto como provedor, o direito de visita e fiscalização. Ou seja, ainda é comum, na sociedade, acreditar que o filho sempre deverá ficar com a sua genitora de forma exclusiva.

Por fim, com base em critérios geográficos, foi possível traçar um perfil da origem dos recursos especiais que foram julgados pelo STJ entre 2007 e 2017, bem como das nacionalidades neles estão envolvidas. Verificou-se que mais de 50% desses processos são originários do Rio de Janeiro, que apesar de não ser o Estado brasileiro que mais recebe imigrantes, é o que mais atrai turistas estrangeiros. No que se refere aos países de onde a criança foi retirada ilegalmente, ocupam posição de destaque a Argentina e os Estados Unidos, os quais estão, respectivamente, em primeiro e segundo lugar no *ranking* de nacionalidades que mais visitam o Brasil. Deve-se destacar que, segundo o senso de 2010 do IBGE, os Estados Unidos ocupavam o primeiro lugar no número de migrantes recepcionados pelo Brasil.

Após o desenvolvimento de todo estudo teórico associado aos dados extraídos através da pesquisa empírica, foi possível constatar que os casos de sequestro internacional de crianças apreciados e julgados pelo STJ entre 2007 e 2017 são reflexos dos avanços ocorridos no âmbito nacional e internacional, os quais tornaram a sociedade mais globalizada, fazendo surgir famílias multiculturais e, com elas, os problemas decorrentes da sua desconstituição. Com a retirada e análise das informações de cada processo, percebeu-se que neles estão presentes características sociais e geográficas do Brasil e dos países envolvidos nas ações, bem como se tornou mais perceptível a postura da justiça brasileira na condução dessas demandas.

Nesse cenário, destaca-se que o principal objetivo do presente trabalho era analisar se o STJ, ao apurar os fatos e proferir a sua decisão nos 11 processos elencados, preocupava-se com a proteção dos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes. Desse modo, viu-se que há um cuidado em zelar pela proteção integral e pelo melhor interesse dos infantes. Faz-se tal afirmação com base nos

dados extraídos, os quais demonstram que em mais de 60% dos casos foram realizadas a perícia psíquico-social e o depoimento pessoal do subtraído.

Contudo, o Poder Judiciário brasileiro comete um grande pecado, tornando-se alvo de críticas e reclamações oficiais junto à Organização dos Estados Americanos (OEA), através da sua Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), por violação aos Direitos Humanos. Essas desaprovações e denúncias são direcionadas à longa duração de processos, que, em razão das suas particularidades, exigem condutas mais céleres e precisas, como as situações que foram objeto deste estudo.

Com isso, ao atuar de forma extremamente lenta, a intenção de preservar o superior interesse da criança cai por terra, pois dá ensejo à decisão de manter o menor de idade em território nacional, que é predominante, tendo em vista que a maioria já se adaptou ao novo meio ou atingiu a idade que torna a Convenção de Haia inaplicável. Consequentemente, essa forma de condução dos processos dificulta a aplicabilidade da Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças no Brasil, o que pode sujeitá-lo a sanções no âmbito internacional.

Constatou-se que essa postura da Justiça brasileira diante da aplicação da Convenção de Haia de 1980 não é uma novidade, uma vez que não é só a lentidão do judiciário que faz o país descumprir tratados internacionais dos quais é signatário. A Convenção sobre os Direitos da Criança prevê o envio de relatórios periódicos pelos Estados que a ratificaram, com o objetivo de que apresentem como estão dando efetividade ao disposto sobre a proteção dos direitos infanto-juvenis. Todavia, o Brasil foi o último país a entregar o referido relatório, apresentando o primeiro deles com 11 anos de atraso.

Sabe-se que, no que se refere à aplicação da convenção de Haia de 1980, é difícil proferir uma decisão célere e que ao mesmo tempo atenda ao que nela está disposto, preocupando-se ainda com a proteção dos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes. Se for determinado o retorno imediato do infante subtraído para o país em que residia habitualmente, sem que se analise se isso atenderá ao seu melhor interesse, pode-se estar colocando-o em situação de risco, pois, como já demonstrado, em mais de um quarto dos casos estudados houve a alegação de que o sequestro teria sido realizado motivado por uma violência doméstica. Além disso, é possível que sejam rompidos vínculos para sempre. Em contrapartida, para que ocorra um julgamento pautado na Convenção e que vise

assegurar o superior interesse do infante, costuma-se levar tempo para a realização de perícia psíquico-social e do depoimento do menor de idade envolvido, somado ao período exigido para uma reflexão mais aprofundada sobre a situação.

No entanto, o Poder Judiciário brasileiro tem que trabalhar esses fatores de forma harmônica, enfrentando o medo de errar, através da implementação de um aperfeiçoamento prévio sobre a aplicação de tratados Internacionais para seus servidores e magistrados, com a disponibilização de recursos técnicos e físicos, a fim de tornar plausível a rápida e eficaz participação de uma equipe multidisciplinar para os casos que forem necessários. Dessa forma, ao ser demandado, estará preparado para adotar medidas precisas, que sejam céleres, porém sem afetar a necessária observância da legislação internacional e dos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes envolvidos.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. Sistema Jurídico, Principios Jurídicos y Razon Práctica. **DOXA**: Cuaderno de Filosofía del Derecho da Universidade de Alicante. Madrid, n. 5. p. 139-151, 1998.
- ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; FARIA, Marcela Kohlbach. **Recursos no processo civil II**. Rio de Janeiro: FGV Direito. 2015.
- AMIM, Andréa Rodrigues. Evolução histórica do direito da criança e do adolescente. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 21-38.
- ANDI. **Sociedade civil apresenta relatório sobre situação da infância**. Andi Comunicação e direitos, 4 fev. 2015. Disponível em: <<http://www.andi.org.br/pauta/sociedade-civil-apresenta-relatorio-sobre-situacao-da-infancia-no-brasil>>. Acesso em: 27 jan. 2018.
- AQUINO, Jorge. **Direitos Humanos e Pós-Modernidade**: um diálogo impertinente mas inevitável. I Congresso Brasileiro de Direitos Humanos, Sociedade e Estado, 2006. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/direitosglobais/a_pdf/jorge_aquino_dh_pos_modernidade.PDF>. Acesso em: 08 nov. 2016.
- ARAGÃO, M.; Freitas, A. G. B. De. Práticas dos castigos escolares: enlaces históricos entre normas e cotidiano. **Revista Conjectura**, v. 17, n. 2, p. 17-36, maio/ago. 2012.
- ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.
- _____. **Origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia da Letras, 2007.
- ARIÈS, Philippe. **História social da infância e da família**. Tradução: Dora Flaksman. Rio de Janeiro: LCT, 1981.
- ARISTÓTELES. **A política**. Tradução: Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- ÁVILA, Flávia de. **Direito e Direitos Humanos**: abordagem histórico-filosófica e conceitual. Curitiba: Appris, 2014.
- ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, jan/mar, p. 151-179. 1999.

_____. **Teoria dos princípios:** da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 13 ed. São Paulo: Malheiros. 2012.

BARBOSA, Rogério. OEA aceita denúncias contra Justiça brasileira. **Conjur**, 23 fev. 2012. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-fev-23/oea-aceita-denuncias-brasil-demora-julgamento-crimes>>. Acesso em: 30 jan. 2018.

BARRETO, Mayara. TJ paulista devolve duas crianças para Angola. **Conjur**, 27 dez. 2010. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-dez-27/justica-brasileira-devolve-criancas-paises-nao-signatarios-convencao>>. Acesso em: 12 nov. 2016.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 17 fev. 2016.

_____. Lei nº. 8.089, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 17 nov. 2016.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Código civil. Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 16 set. 2017.

_____. **Cartilha sobre Disputa de guarda e subtração internacional de menores:** orientações para os pais. Brasília. Ministério das Relações Exteriores, 2016.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Serviço:** sequestro internacional de crianças. 22 jan. 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/86041-cnj-servico-sequestro-internacional-de-criancas>>. Acesso em: 22 jan. 2018.

_____. Decreto nº. 3.413/2000, de 14 de abril de 2000. Promulga a Convenção sobre os Aspectos Civil do Sequestro Internacional de Crianças. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3413.htm>. Acesso em: 17 nov. 2016.

_____. PEC nº 512/2010. **Câmara dos deputados**. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=484476>>. Acesso em: 8 nov. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Jurisprudência do STJ**. 2017. Disponível em:<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&livre=Sequestro+internacional+de+criancas&b=ACOR&p=true&l=10&i=21>. Acesso em: 03 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 4245.** Autor: Democratas (DEM). Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Brasília, 27 de maio de 2009a. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4245>>

&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 22 jan. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Lei das doze tábuas**. 14 ago. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaSimboloJustica&pagina=tabuas>> Acesso em: 9 jan. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Símbolos da Justiça**. 3 nov. 2009b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaSimboloJustica&pagina=tabuas>>. Acesso em: 09 jan. 2018.

BRUÑOL, Miguel Cillero. **Infancia, autonomia y derechos**: uma cuestión de principios. Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes. Disponível em: <http://www.iin.oea.org/Cursos_a_distancia/explotacion_sexual/Lectura4.Infancia.DD.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2018.

CANOTILHO, J. J. **Gomes. Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993.

CARVALHO, João Andrades. **Tutela, Curatela, Guarda, Visita e Pátrio Poder**. Rio de Janeiro: Aide. 1995.

CEIA, Eleonora Mesquita. Constitución y tratados internacionales de derechos humanos: una relación ambivalente en el derecho brasileño. **Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas**. Medellín/Colombia. ISSN: 0120-3886. Vol. 46. n. 125, jul-dec. 2016.

CHACÍN, Mónica Reyes. **Situación actual de vulnerabilidad de los derechos de niños, niñas y adolescentes**. Dissertação. 84 fls. Maracaibo. Universidad Rafael Urdaneta, 2006. Disponível em: <<http://200.35.84.131/portal/bases/marc/texto/9105-06-01022.pdf>>. Acesso em: 28 jul. 2017.

CHAGAS, Isabela Pessanha. Breves reflexões sobre o instituto da guarda. In: CARUGGI, Marcos Borba. **Família do século XXI**: aspectos jurídicos e psicanalíticos. Rio de Janeiro: EMERJ, 2013. p. 62-82.

CIDH. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Relatório 173/11**. Organização dos Estados Americanos. Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/admisibilidades.asp>>. Acesso em: 30 jan. 2018.

COELHO, E. A. C. et al. O planejamento familiar no Brasil contexto das políticas de saúde: determinantes históricos. **Rev. Esc. Enf. USP**, v. 34, n. 1, p. 37-44, mar. 2000.

CONVENÇÃO sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças (Convenção de Haia), 1980. In: **Supremo Tribunal Federal (STF)**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/convencaoHaiaConteudoTextual/anexo/textoConvencao.pdf>>. Acesso em 07 nov. 2016.

CRUZ, Olga Prieto. Doctrina de protección integral y contexto para el análisis de la población adolescente en condición de calle en Costa Rica. **Revista de Ciencias Sociales**. Costa Rica. V. IV. p. 61-75. 2012.

CUSTODYZEN. **The post-divorce-parenting glossary**. 2012. Disponível em: <<http://www.custodyzen.com/divorce-terms/parens-patriae.html>>. Acesso em: 30 set. 2017.

CUSTÓDIO, André Viana. **Direito da Criança e do Adolescente**. Santa Catarina: UNESC, 2009.

DADICO, Claudia Maria. O tempo do processo e a Convenção de Haia/1980. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 66, jun. 2015. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao066/Claudia_Dadico.html>. Acesso em: 28 jan. 2018.

DALLARI, Dalmo de Abreu. In: CURY, Munir. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**: comentários jurídicos e sociais. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2013.

DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos, 1948. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=100499>>. Acesso em: 18 nov. 2016.

DEL'OLMO, Florisbal de Souza. **Subtração internacional de crianças à luz do caso Sean Goldman**. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas. Anuario Mexicano de Derecho Internacional. vol. XV. México. 2015. p. 739-772.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

DINIZ, Maria Helena de. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. v. 5. 29 ed. São Paulo: Saraiva. 2014.

DOLINGER, Jacob. **Direito internacional privado**: parte geral. 4 ed. Rio de Janeiro. Renovar. 1997.

_____. **Direito internacional privado**: A Criança no Direito Internacional. Rio de Janeiro: Renovar. V. 2003.

ENZWEILER, Romano José; FERREIRA, Cláudia Galiberne. **Duas abordagens, a mesma arrogante ignorância**: como a SAP e a violência doméstica se tornaram irmãs siamesas. Set. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/51901/duas-abordagens-a-mesma-arrogante-ignorancia-como-a-sap-e-a-violencia-domestica-se-tornaram-irmas-siamesas/1>>. Acesso em: 28 jan. 2018.

EPSTEIN, Lee; GARY, King. **Pesquisa empírica em direito**: as regras de inferência. Tradução: MOROSINI, Fábio et. al. Livro eletrônico. São Paulo: Direito GV. 2013.

ESTIN, Ann Laquer. **The Hague Abduction Convention and the United States Supreme Court**. Family Law Quarterly, Summer 2014, p. 235. Academic OneFile. Disponível em:

<go.galegroup.com/ps/i.do?p=AONE&sw=w&u=capes&v=2.1&id=GALE%7CA419929660&it=r&asid=3b17de0ce0b1c77a001b0638b3eedb1d>. Acesso em: 29 jul. 2017.

FERNANDES, Juliette Marie Marguerite Robichez. A aplicação da Convenção de Haia sobre os aspectos civil do sequestro internacional de crianças de 1980: perspectivas brasileiras. **Revista Científico**, v. 13. n. 25. ISSN 1677-5716. 2013. p. 9-22.

FONSECA, Antonio Cezar Lima da. **Direitos da criança e do adolescente**. São Paulo: Atlas. 2011.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Tradução: Raquel Ramalhe. Petrópolis: Vozes. 1987.

FUNDAÇÃO ABRINQ. **Relatório sobre violações de direitos humanos de crianças e adolescentes no Brasil será apresentado à ONU**. 2 fev. 2015. Disponível em: <<https://www.fadc.org.br/noticias/28-relatorio-sobre-violacoes-de-direitos-humanos-de-criancas-e-adolescentes-no-brasil-sera-apresentado-a-onu.html>>. Acesso em: 27 jan. 2018.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: direito de família - as famílias em perspectiva constitucional. 5 ed., vol. 6. São Paulo: Saraiva, 2015.

GARAPON, Antoine. **Bem julgar**: Ensaio sobre o ritual do Judiciário. Tradução: Pedro Felipe Henriques. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLLI, Valério de Oliveira. Tratados internacionais: valor legal, supralegal, constitucional ou supraconstitucional? **Revista de Direito**, v. XII, n. 15, p. 7-20. 2009.

GOMES, Maria Cecília Oliveira. **Legal english** - Termos jurídicos no Common Law. 2014. Disponível em: <<http://www.opiceblum.com.br/legal-english-termos-juridicos-no-common-law/>>. Acesso em: 26 jan. 2018.

GONÇALVES, Fernando Moreira. A Convenção de Haia e a luta contra a retenção ilícita de crianças. **Conjur**, 19 jan. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jan-19/segunda-leitura-convencao-haia-luta-retencao-criancas>>. Acesso em: 07 nov. 2016.

GONZÁLEZ, Rodrigo Stumpf. **Políticas públicas para a infância no Brasil** - análise do processo de implementação de um novo modelo. Pensamento Plural. Pelotas, n. 16, p. 25-45, jan-jun. 2015. Disponível em:

<<https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/142451/000993298.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 30 set. 2017.

GOUBERT, Jean-Pierre. Família e saúde na França do século XVIII ao século XXI. São Paulo: **Revista brasileira crescimento desenvolvimento humano**, v.17. n. 3, dez. 2007.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal** - Parte especial. v. 2. 13 ed. Rio de Janeiro: Impetus. 2016.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

HOLANDA, Aurélio Buarque de. **Dicionário Aurélio de Português online**. 24 set. 2016. Disponível em: <<https://dicionariodoaurelio.com/sequestro>>. Acesso em: 19 Jan. 2018.

HORTA, R. De L.; ALMEIDA, V. R. De; CHILVARQUER, M. Avaliando o desenvolvimento da pesquisa empírica em direito no Brasil: o caso do projeto pensando o direito. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, vol. 1, n. 2, jul. 2014. p. 162-183.

IBDFAM. **CNJ promove reunião para discutir anteprojeto sobre sequestro internacional de crianças**. Instituto Brasileiro de Direito de Família, 26 ago. 2015. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5729/CNJ+promove+reuni%C3%A3o+para+discutir+anteprojeto++sobre+sequestro+internacional+de+crian%C3%A7as>>. Acesso em: 12 nov. 2016.

IBGE. **Censo 2010**. Disponível em: <<https://censo2010.ibge.gov.br/noticias-censo?busca=1&id=3&idnoticia=2240&t=censo-2010-unioes-consensuais-ja-representam-mais-13-casamentos-sao-frequentes-classes&view=noticia>>. Acesso em: 28 jan. 2018.

_____. **Nas duas últimas décadas houve uma queda substancial do tamanho da família**. Síntese de Indicadores Sociais 2003. Disponível em: <<https://teen.ibge.gov.br/censo/274-teen/mao-na-roda/1770-a-familia-brasileira.html>>. Acesso em: 27 jan. 2018.

ISHIDA, Válder Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: doutrina e jurisprudência. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução: J. Cretella Júnior e Agnes Cretella. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LAMENZA, Francismar. **Estatuto da Criança e do Adolescente interpretado**: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. São Paulo. Editora Manole. 2012.

LAZZARINI, Patrícia Daher. **A proteção da criança pelo exercício da guarda de menores e da visita**. Dissertação. 210 fls. São Paulo. Faculdade de Direito da USP,

2009. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-16112011-162342/pt-br.php>>. Acesso em: 15 jan. 2018.

LEITE, Miriam Lifchitz Moreira. **O óbvio e o contraditório da roda**. In: PRIORE, Mary Del (Org). História das Crianças no Brasil. São Paulo: Contexto, 2000.

LEMOS, Cleide de Oliveira. **Crianças e adolescentes**: a constituição de novos sujeitos de direitos. Senado Federal. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-v-constituicao-de-1988-o-brasil-20-anos-depois.-os-cidadaos-na-carta-cidada/idoso-pessoa-com-deficiencia-crianca-e-adolescente-criancas-e-adolescentes-a-constituicao-de-novos-sujeitos-de-direitos>>. Acesso em: 26 jan. 2018.

LEVIN, Esteban. **A infância em cena** - Constituição do sujeito e desenvolvimento psicomotor. Petrópolis. Rio de Janeiro. Editora Vozes. 1997. p. 230.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Direito da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Editora Rideel, 2010.

LÔBO, Paulo. **Direito civil**: famílias. 6 ed. São Paulo: Saraiva. 2015.

_____. Guarda e Convivência dos Filhos após a Lei nº 11.698/2008. **Revista brasileira de direito das famílias e sucessões**, v. 10, n. 6, p. 23–35, out./nov., 2008. Disponível em: <<http://www.saiddias.com.br/imagens/artigos/15.pdf>>. Acesso em: 14 jan. 2018.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Código Civil comentado**: direito de família, relações de parentesco, direito patrimonial: arts. 1.591 a 1.693. Vol. XVI. Álvaro Villaça Azevedo (coord.). São Paulo: Atlas. 2003.

LOPES, Ana Maria D'Ávila; DIÓGENES, Thanara. A opinião Consultiva OC-17/2002 da Corte Interamericana de Direitos Humanos e os direitos sexuais e reprodutivos de crianças e adolescentes. In: ANNONI, Danielle (Org.). **Direito internacional dos direitos humanos**: homenagem à Convenção Americana de Direitos Humanos. São Paulo: Conceito 2012.

MAGENDZO, Abraham. **Educación en Derechos Humanos**: un desafío para los docentes de hoy. Santiago, Chile: Editorial LOM, 2006.

MANZELLO, Andre Chequini. **Pai e guarda dos filhos**. Rio Grande. Âmbito Jurídico, XVII. n. 124, maio. 2014. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14098>. Acesso em: 17 jan. 2018.

MAZZETO, André. Superpopulação: como o número de filhos por casal resolverá o problema. **Revista Subjetiva**, 29 Jun. 2017. Disponível em: <<https://medium.com/revista-subjetiva/superpopula%C3%A7%C3%A3o-como-o-n%C3%BAmero-de-filhos-por-casal-resolver%C3%A1-o-problema-3942190d4099>>. Acesso em: 27 jan. 2018.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional privado**. 2 ed. São Paulo: Forense. 2017.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira; GOMES, Luiz Flávio. **Direito supraconstitucional: do absolutismo ao Estado Constitucional e Humanista de Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 15 ed. São Paulo: Malheiros. 2003.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. 15 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

MELO, João Ozorio de. **Igualdade entre pais e mães na custódia dos filhos ganha força no EUA**. Consultor Jurídico, 16 jun. 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-jun-16/igualdade-direitos-custodia-filhos-ganha-forca-eua>>. Acesso em: 17 jan. 2018.

MÉRIDA, Carolina Helena Lucas. Sequestro interparental: o novo direito das crianças. **Revista Internacional de Direito e Cidadania**, n. 9, p. 7-16, fev. 2011.

MESSERE, Fernando. **Direitos da criança: o Brasil e a Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Criança**. Dissertação. 186 fls. Brasília. Centro Universitário Uniceub, 2005. Disponível em: <<http://www.uniceub.br/Pdf/FernandoMessere-disserta%C3%A7%C3%A3o.pdf>>. Acesso em: 12 nov. 2016.

MIGUEL FILHO, Theophilo Antonio. **Questões constitucionais e legais da Convenção da Haia sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças**. Tese. 179 fls. Rio de Janeiro. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. 2011. Disponível em: <http://www2.dbd.puc-rio.br/pergamum/biblioteca/php/mostrateses.php?open=1&arqtese=0621494_2010_1ndice.html>. Acesso em: 20 jan. 2018.

MINISTÉRIO DO TURISMO. **Estudo da demanda turística internacional 2016**. Disponível em: <http://www.dadosfatos.turismo.gov.br/2016-02-04-11-54-03/demanda-tur%C3%ADstica-internacional.html>. Acesso em: 30 jan. 2018.

MONACO, Gustavo Ferraz de Campos; CAMPOS, Maria Luiza Ferraz. **O direito de audição de crianças e jovens em processo de regulação do exercício do poder Familiar**. 5 mar. 2011. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/28373-28384-1-PB.pdf>>. Acesso em: 27 jan. 2018.

NERY, Maria Aparecida. **A convivência familiar e comunitária é direito da criança e do adolescente e uma realidade a ser repensada pela escola**. Cadernos CEDES [online], vol. 30, n. 81. p. 189-207. 2010. ISSN 0101-3262. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0101-32622010000200005>>. Acesso em: 29 jan. 2018.

O'DONNELL, Daniel. **La doctrina de la protección integral y las normas jurídicas vigentes en relación a la familia**. Cidade do México. UNAM, 30 set. 2004.

Disponível em: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2467/8.pdf>>.

Acesso em: 15 jul. 2017.

PALMA, J. B.; FEFERBAUM, M.; PINHEIRO, V. M. Meu trabalho precisa de jurisprudência? Como posso utilizá-la? In: QUEIROS, R. M. R.; FEFERBAUM, M. (Orgs.). **Metodologia jurídica**: um roteiro prático para trabalhos de conclusão de curso. São Paulo: Editora Saraiva. 2012.

PASSETI, Edson. O menor no Brasil republicano. In: PRIORE, Mary Del (Org). **História das Crianças no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2000.

PIAGET, Jean. **Seis estudos de psicologia**. Tradução: Maria Alice Magalhães D'Amorim e Paulo Sérgio Lima Silva. 24 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 1999.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional**. 13 ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

PORTAL BRASIL. **Governo orienta brasileiros sobre disputa internacional pela guarda de filhos**. 19 jan. 2016. Disponível em <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2016/01/governo-orienta-brasileiros-sobre-disputa-internacional-pela-guarda-de-filhos>>. Acesso em: 8 nov. 2016.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**. Salvador: Editora Juspodvm, 2011.

PORTO, Rosane Teresinha Carvalho; WARTCHOW, Rafael. **O Estatuto da Criança e do Adolescente**: fundamentos para uma abordagem principiológica e uma análise em face da maternidade na adolescência. UNISC: II Colóquio de Ética, Filosofia Política e Direito, 2015. Disponível em: <<http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/efpd/article/view/13249/2406>>. Acesso em: 15 jul. 2017.

RIBEIRO, Janille Maria. O uso do castigo físico em crianças e adolescentes como prática educativa: algumas perspectivas da Sociologia, Filosofia e Psicologia. São João Del-Rei/MG. **Pesquisas e práticas psicossociais**, vol. 9, n. 2, dez. 2014.

RIBEIRO, Mayra Thais Andrade. “Onde é meu lar?” - A aplicação da Convenção de Haia sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças e o princípio do melhor interesse da criança. São Paulo. **Revista Thesis Juris**, v. 6, n. 1, p. 81-100, jan/abr. EISSN 2317-3580. 2017.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil Brasileiro**. Direito de Família. v. 6. São Paulo: Saraiva, 2015.

ROSA, Conrado Paulino da. **Nova lei da guarda compartilhada**. São Paulo: Saraiva. 2015.

ROSEMBERG, Fúlvia; MARIANO; Carmem Lúcia Sussel. **A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança: debates e tensões**. Cadernos de Pesquisa, v. 40, n. 141, p. 693-728, set/dez. 2010.

ROSSATO, L. A.; LÉPORE, P. E.; SANCHES CUNHA, R. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado artigo por artigo**. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

ROUSSEAU, Jean-Jcques. **Emilio ou da educação**. 3 ed., Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1995.

SAGUÉS, Nestor Pedro. **El control de convencionalidad em el sistema interamericano, y sus anticipos em el ámbito de los derechos económico-sociales**: concordâncias e diferencias com el sistema europeo. Valencia: Tirant lo Blanc, p. 993-1030, 2011. Disponível em: <<http://www.pj.gov.py/ebook/monografias/extranjero/derechoshumanos/N%C3%A9stor-Pedro-Sagu%C3%A9s-El-Control-de-Convencionalidad.pdf>>. Acesso em: 29 jan. 2018.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Teoria da Constituição e dos Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

SANTO AGOSTINHO. **Confissões**. São Paulo: Nova Cultural. 1999. p. 07.

SANTOS, Boaventura de Souza. Por uma concepção multicultural de Direitos Humanos. In: **Revista Crítica de Ciências Sociais**, n. 48. Jun. 1997. Disponível em: <www.dhnet.org.br/direitos/militantes/boaventura/boaventura_dh.htm>. Acesso em: 27 nov. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

_____. Controle de convencionalidade dos tratados internacionais. **Conjur**, 10 abr. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-abr-10/direitos-fundamentais-controlado-convencionalidade-tratados-internacionais>>. Acesso em: 30 jan. 2018.

SHETTY, Sudha; EDLESON, Jefferson L. **Adult domestic violence in cases of international parental child abduction**. Violence Against Women. n. 11. 2005.

SIFUENTES, Mônica. Pedido de Restituição x Direito de Guarda - análise do art. 16 da Convenção da Haia de 1980*. Brasília. **Revista CEJ**, ano XV, n. 55, p. 57-64, out./dez. 2011.

SILVA, Artenira da Silva e; MADEIRA, João Bruno Farias. O sequestro internacional de crianças e a proteção aos interesses do menor: a integração da criança a novo meio como exceção à aplicação da Convenção da Haia de 1980. Curitiba. **Revista Brasileira de Direito Internacional**, v. 2, n. 2, p. 39-60, jul/dez. IE-SSN: 2526-0219. 2016

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. Edição eletrônica. Rio de Janeiro: Ed. Forense. 2014.

SOUSA, Analícia Martins de. **Síndrome da alienação parental**: um novo tema nos juízos de família. 1 ed. São Paulo: Cortez. 2013.

SOUSA, Analícia Martins de; BRITO, Leila Maria Torraca de. **Síndrome de alienação parental**: da teoria norte-americana à nova lei brasileira. Psicologia Ciência e Profissão. 2011. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=282021811006>> ISSN 1414-9893. Acesso em: 16 jan. 2018.

SPOSATO, Karyna Batista. **Direito penal de adolescentes**: elementos para uma teoria garantista. São Paulo: Saraiva, 2013.

STEPHENS, Victoria; LOWE, Nigel. **Children's welfare and human rights under the 1980 Hague Abduction Convention** - the ruling in Re E. Journal of Social Welfare e Family Law, v. 34, n. 1, p. 125-135. 2012.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: direito de família. 9. ed., vol 6. São Paulo: Método. 2014.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, guarda e autoridade parental**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2009.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. v. 1, 2 ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor. 2003.

VARGAS, Denise Soares. **Sequestro internacional de crianças**: análise da Convenção de Haia de 1980 à luz do princípio constitucional da proteção especial à criança e da regra de competência dos juízos federais. Migalhas, 13 fev. 2017. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI253765,81042-Sequestro+internacional+de+criancas>>. Acesso em: 22 jan. 2018.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**: Direito de Família. V. VI, 16 ed. São Paulo: Atlas. 2016.

ZELEDÓN, Marcela. **El camino para convertirme en niño**: la doctrina de la protección integral. 16 fev. 2015. Disponível em: <<http://www.enfoquejuridico.info/wp/biblioteca/derecho-social/ninez/el-camino-para-convertirme-en-nino-la-doctrina-de-la-proteccion-integral/>>. Acesso em: 17 jul. 2017.

ANEXOS

Anexo 1 - Teótoco de Vladimir ou A Virgem de Vladimir

Autor: Desconhecido.

Ano: 1100 (Século XII).

Localização: Galeria Tretyakov - Moscou (Rússia).



Anexo 2 - Madonna with Child

Autor: Cimabue.

Ano: 1284 (Século XIII).

Localização: Museu do Louvre - Paris (França).



Anexo 3 - Madona e Criança

Autor: Lucchese Berlinghiero.

Ano: Século XIII

Localização: Metropolitan Museum of Art - Nova Iorque (EUA).



Anexo 4 - Clovis Ier et sa famille

Autor: Jean Fouquet.

Ano: Século XV.

Localização: Chroniques de France, XVI ème siècle. fr. 73, fol. 13v.



Anexo 5 - Madonna del Belvedere (Madonna del Prato)

Autor: Raffaello Sanzio.

Ano: 1506 (Século XVI).

Localização: Museu de História da Arte - Viena (Áustria).



Anexo 6 - Jogos Infantis

Autor: Pieter Bruegel, o Velho.

Ano: 1560 (Século XVI).

Localização: Museu de História da Arte - Viena (Áustria).



Anexo 7 - Five Eldest Children of Charles I

Autor: Anthony van Dyck.

Ano: 1637 (Século XVII).

Localização: Windsor Castle, Royal Collection - Londres (Inglaterra).



Anexo 8 - The Graham Children.

Autor: William Hogarth.

Ano: 1742 (Século XVIII).

Localização: National Portrait Gallery – Londres (Inglaterra).



